

DOCTRINE

De kaaimantaks 2.0

Een kritische commentaar bij de aanpassing van de kaaimantaks
door de wet van 25 december 2017Gerd D. Goyvaerts¹

I.	De wijzigingen aangebracht door de kaaimantaks 2.0	644
A.	Inleiding	644
B.	De uitbreiding van de kaaimantaks met een juridische constructie type 3	647
C.	Afschaffing van het fiscale begrip derde begunstigde.	651
D.	Fiscale transparantie alleen nog voor de oprichter, doch niet in het geval van artikel 5/1, § 1 tiende lid WIB 1992	652
E.	Dubbelstructuren anno 2015-2017 blijven onbelast	654
F.	Dubbelstructuren anno 2018 gedefinieerd en de taxatie ervan hervormd	655
G.	Fictieve uitkeringsmomenten in geval van inbreng of overdracht	659
H.	Aanpassing van de “substance” uitsluiting van art. 5/1, § 3, b) WIB 1992	661
I.	De aanpassingen aan artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 en artikel 21 WIB 1992 betreffende taxatie bij uitkering – De anterioriteitsregel onder de loep.	662
J.	De nieuwe tekst van de bijzondere antimisbruikbepaling van artikel 344/1 WIB 1992	666
K.	De inwerkingtreding per 17 september 2017 en haar limieten	667
II.	Capita Selecta	668
A.	Over de krampachtige symbiose van artikel 5/1, § 1, tiende lid WIB 1992 met de anterioriteitsregels van artikel 5/1, § 1, derde lid WIB 1992 en artikel 21, tweede lid WIB 1992 in geval van uitkeringen belastbaar volgens artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 bij ketenconstructies	668
B.	Over de fiscale transparantie van de STAK en hoe deze een ketenconstructie al dan niet in de weg kan staan	672
C.	Over de STAK-BM als juridische constructie type 1 in het licht van artikel 5/1, § 1, tiende lid WIB 1992	673
D.	Over fiscale consolidatie in hoofde van een particulier vermogen	674
E.	Over de taxatie in hoofde van derde begunstigten bij uitkeringen uit trusts en het adagium “exemption vaut impôt”.	677
F.	Over vroegere belasting betaald door een niet-rijksinwoner bij uitkeringen uit trusts	678
G.	Over de beweerdelijke (niet-)belastbaarheid bij uitkering van de “oudste reserves”	679
H.	Over de kapitaalwaarde van een juridische constructie en de nieuwe tekst van artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992.	681
1.	“Activa” vs. “montants des avoirs”	681
2.	De schrapping van de notie “op vergeldende wijze”	681
3.	Intrinsieke tegenstrijdigheid tussen “ingebracht vermogen” en “belastingregime hebben ondergaan”	682
4.	Het gebruik van het begrip “vermogen” in de Nederlandstalige tekst vs. “capitaux” in de Franstalige tekst	682
I.	Over de impact van de kaaimantaks op vermogen van internationale georiënteerde families	682
J.	Over de gelijktijdige belasting van uitkeringen uit trusts (en stichtingen) inzake inkomstenbelastingen en successierechten	683
K.	Over de opbrengst van de kaaimantaks en de onmogelijkheid om dit te becijferen	685
L.	Feitelijke verenigingen voortaan belastbaar op roerende inkomsten maar nog steeds buiten de kaaimantaks wat de juridische constructies betreft	686

1. Advocaat-vennoot Tiberghien advocaten.



III. Het ontwerp van nieuw EER-KB en ontwerp van aanvulling op het niet-EER-KB	687
A. Artikel 1, eerste lid, 1° KB: kaaimantaks en in de EER gevestigde ICB's	687
B. Artikel 1, eerste lid, 2° KB: veralgemeende toepassing van de kaaimantaks op de zogeheten “hybride vennootschappen”	691
C. Artikel 1, eerste lid, 3° KB: veralgemeende toepassing van de kaaimantaks op de niet belaste of zeer laag belaste entiteiten	693
D. Interpretatievraag: hoe verhouden het 1° enerzijds en 2° en 3° van artikel 1 EER-KB zich onderling?	694
E. Over het nieuwe EER-KB en wat er “niet” in staat	694
F. Het niet-EER-KB	695
G. Inwerkingtreding van de nieuwe KB's	695
IV. Conclusies bij een krampachtige wetgeving ... in dubio pro fisco	695

SAMENVATTING

De kaaimantaks is door de wet van 25 december 2017 verveld tot kaaimantaks 2.0, intrinsiek hetzelfde gebleven doch qua effectiviteit en toepassing voorwerp van een gedaante-*verwisseling*. Diegenen die dachten dat het ondertussen wel duidelijk geworden was hoe met de kaaimantaks om te gaan kunnen opnieuw in de studieboeken duiken. De ondertussen afgegeven *rulings* zijn amper nog bruikbaar en een aantal fundamentele toepassingsprincipes dient volledig te worden herdacht. Zogenaamde “loopholes” werden gesloten of daar werd alleszins een ernstige poging toe ondernomen. De praktijk zal uitwijzen in welke mate deze hervormde kaaimantaks 2.0 zijn beoogde doel zal realiseren, namelijk het ontmoedigen van het opzetten van gestructureerde vermogens en voor zover deze nog voorkomen de daardoor gegenereerde inkomsten transparant te belasten, dan wel de opgehoopte reserves bij uitkering als dividend te taxeren. Het aantal interpretatieve onduidelijkheden is met de kaaimantaks 2.0 alleszins niet verminderd, sommige discussiepunten werden beslecht, anderen zijn dan weer in de plaats gekomen. Deze wetgeving blijft voer voor de creatieve praktijken die zijn cliënt wil bijstaan in het fiscaal beheersen en beheren van de meer exotische, toch alleszins legaal gestructureerde vermogens en transacties. Het is afwachten hoe de Rulingcommissie met deze vernieuwde kaaimantaks 2.0 zal omgaan.

In deze bijdrage² over de kaaimantaks zullen we³ in een eerste deel stilstaan bij de wijzigingen die werden aangebracht door de programmawet van 25 december 2017 en hoe deze het fiscale regime van de doorkijkbelasting diepgaand heeft gewijzigd⁴. Daarbij kunnen we gemakkelijk spreken van een gedaanteverwisseling van het bestaande regime dat deels een

RESUME

Par la loi du 25 décembre 2017, la taxe Caïman s'est muée en taxe Caïman 2.0. Intrinsèquement, rien ne change, mais en ce qui concerne son effectivité et son application, elle a fait l'objet d'une métamorphose. Ceux qui imaginaient que le régime de la taxe Caïman en serait devenu plus limpide peuvent se replonger dans leurs livres d'étude. Les *rulings* qui ont été rendus entre-temps sont quasiment inutilisables et un certain nombre de principes d'application fondamentaux doivent être complètement repensés. Des efforts ont été consentis afin de combler ou, du moins, tenter de combler certaines failles. Seule la pratique fera apparaître dans quelle mesure cette taxe Caïman 2.0 a atteint son objectif, à savoir décourager la mise en œuvre de patrimoines structurés et imposer de manière transparente les revenus qu'ils génèrent, pour autant qu'ils en génèrent encore, et taxer à titre de dividendes les réserves escomptées lors de leur répartition. A bien des égards, la taxe Caïman 2.0 n'a pas réduit le nombre d'imprécisions interprétatives et, même si certains points de discussion ont été tranchés, ils sont désormais remplacés par d'autres. Cette législation continuera à nourrir le praticien créatif qui souhaite assister sa clientèle dans la maîtrise et la gestion fiscales de patrimoines et transactions fort exotiques, mais malgré tout légales. Reste maintenant à attendre quelles positions la Commission des décisions anticipées adoptera pour cette taxe Caïman 2.0 rénovée.

andere finaliteit heeft gekregen, reden waarom wij kunnen gewagen van een kaaimantaks 2.0. Binnen het kader van deze bijdrage⁵ pogen we de motivering onderliggend aan deze wijzigingen te duiden alsmede een eerste commentaar te geven bij de concrete impact die deze wijzigingen kunnen

2. Deel 1 van deze tekst is een verder uitgewerkte en geactualiseerde versie van een eerder artikel dat verschenen is in het tijdschrift voor beleggingsfiscaliteit, nr. 2017/03, p. 65-119, gepubliceerd naar gelegenheid van het éénjarig bestaan van dat tijdschrift tijdens een studiedag gewijd aan beleggingsfiscaliteit op 23 maart 2018.

3. In deze tekst gebruik ik soms het persoonlijk voornaamwoord “we” of “wij” i.p.v. “ik”, dat heeft dan doorgaans te maken met het beter “klinken” van de zin veeleer dan met iets anders. Het is dus géén verwijzing naar meerdere auteurs noch naar het kantoor Tiberghien, tenzij anders aangegeven. Het gebruik van het woord “wij” wordt doorgaans veroorzaakt door het feit dat grote delen van deze tekst ingesproken werden via ©speechware, een programma voor spraakherkenning. In die zin gelden “ik” en “wij” in deze tekst dan ook als synonieme verwijzing naar “de auteur”.

4. Programmawet van 25 december 2017 (BS 29 december 2017, p. 116.365), art. 86 t.e.m. 100.

5. Aangezien de kaaimantaks een zeer omvangrijke materie is, die eerder tot zeer complex is naar de onderliggende theorie, is het volstrekt onmogelijk deze in een korte bijdrage volledig toe te lichten. De auteur noch het kantoor Tiberghien kunnen gehouden worden voor enig gevolg van de toepassing van de behandelde materie in een concreet geval.



hebben. Voor zover mogelijk wordt dat geïllustreerd met een aantal eenvoudige voorbeelden.

In een tweede deel behandelen we enkele *capita selecta* en specifieke punten van aandacht die mogelijk kunnen opduiken in concrete toepassingsgevallen van de kaaimantaks 2.0. Zoals de lezer zal merken zal uit deze gevallen blijken dat het geenszins eenvoudiger is geworden om deze complexe belasting toe te passen in de praktijk. Bovendien blijkt in een aantal concrete gevallen sprake te zijn van “overkill” en kunnen we zelfs spreken van dubbele belasting en soms zelfs van drievoudige belasting. We kunnen ons daarbij niet van de indruk ontdoen dat België zich een fiscale soevereiniteit aanmeet die het niet heeft en zich bevoegd acht door toepassing van allerhande ficties om een belastbare grondslag te claimen over buitenlandse broninkomsten die geenszins kunnen toegerekend worden aan Belgische rijksinwoners.

In een derde deel ten slotte behandelen we de beide nieuwe ontwerpen van koninklijk besluit ter vervanging van de actuele koninklijke besluiten van 23 augustus 2015 en 18 december 2015 zoals die door de ministerraad op 8 juni 2018 werden goedgekeurd. Bij redactionele afsluiting van deze tekst werden deze ontwerp teksten voorgelegd voor advies aan de Raad van State.

I. De wijzigingen aangebracht door de kaaimantaks 2.0

A. Inleiding

De kaaimantaks werd initieel geïntroduceerd door de wet 10 augustus 2015⁶ en aangescherpt door de wet van 26 december 2015⁷. Aan de hand van een eigen definitie kan de kaaimantaks in haar versie van 2015 (hierna als kaaimantaks 1.0) worden omschreven als een doorkijkbelasting in de personen- en de rechtspersonenbelasting waarbij inkomsten ontvangen door een “juridische constructie” fiscaal worden toegerekend aan de “oprichter” alsof deze die inkomsten rechtstreeks heeft ontvangen, dan wel belast worden bij uitkering aan een derde begunstigde, en waarbij die inkomsten die voorheen niet belastbaar waren nu wel belastbaar geworden zijn⁸.

De kaaimantaks is anno 2015 tot stand gekomen binnen een geest van fiscale fraudebestrijding en bestrijding van het ontwijken van belastingen door het opzetten van allerhande exotische juridische constructies⁹ en werd reeds druk becomingentarieerd in de rechtsleer¹⁰. De *memorie van toelichting* bij de wet van 10 augustus 2015 omschrijft de onderliggende

6. Art. 38-47 programmawet 10 augustus 2015 (BS 18 augustus 2015); KB 23 augustus 2015 tot uitvoering van artikel 2, § 1, 13°, b), tweede lid van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 (BS 28 augustus 2015) (opgeheven door KB van 18 december 2015 (BS 29 december 2015)); KB 23 augustus 2015 tot uitvoering van artikel 2, § 1, 13°, b), derde lid van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992.

7. Programmawet van 26 december 2015 (BS 30 december 2015, ed. 2, p. 80.634), art. 102 t.e.m. 109.

8. Deze definitie is een eigen definitie die nergens in de wet noch in de voorbereidende werken staat en die voor het eerst werd gebruikt in dit tijdschrift. G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks, een kritische beschouwing”, *TFR* 2015, afl. 490-491, 865-923, p. 867.

9. Voor een meer volledige wedersamenstelling van de historiek van de kaaimantaks wordt verwezen naar G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks, een kritische beschouwing”, *TFR* 2015, afl. 490-491, 865-923.

10. Ter zake de rechtsleer over de kaaimantaks 1.0 wordt verwezen naar de lijst weergegeven in TIBERGHIE (ed.), *Handboek voor Fiscaal Recht 2017-2018*, Mechelen, Kluwer, 2017, randnr. 12000; M. DAUBE, “Nouvelles obligations de déclaration fiscale: exigence légitime ou auto-incrimination prohibée?”, *RGCF* 2013, afl. 4, 249-278; W. VETTERS en J. BONNE, “Private vermogensstructuren aangepakt met doorkijkbelasting”, *Fisc.Act.* 2013, afl. 42, 1-4; A. VAN ZANTBEEK, “Vrij gesteld – Constructies aangeven”, *TFR* 2014, afl. 463-464, 511-515; G.D. GOYVAERTS, “Kaaimantaks treft oprichters en begunstigten van buitenlandse constructies”, *Fisc.Act.* 2015, afl. 16, 7-14; B. PEETERS, “Belgische ‘kaaimantaks’ laat nog vele vragen onbeantwoord”, *Fiscoloog (l.)* 2015, afl. 379, 4-8; P. SMET, “‘Doorkijkbelasting’: ook soms ‘before cash’ en zelfs ‘regardless of cash’”, *Fiscoloog* 2015, afl. 1429, 1-8; H. VERSTRAETE en L. MIGALSKI, “De ‘Kaaimantaks’: analyse en eerste bedenkingen”, *VIP* 2015, afl. 3, 4; G.D. GOYVAERTS, “Enkele beschouwingen over de kaaimantaks en de Luxemburgse SPF”, *VIP* 2015, afl. 4, 47; B. PHILIPPART DE FOY en A. DAYEZ, “Taxe Caïman: application aux fonds d’investissement et aux Sicav-FIS dédiées”, *RFP* 2015, afl. 4, 441-433; J. VAN DYCK, “Juridische constructies: eerste ‘uitgebreide’ vragenlijsten zijn verstuurd”, *Fiscoloog* 2015, afl. 1440, 1-7; J. VAN DYCK, “‘EER’- en ‘niet-EER’-lijst juridische constructies gepubliceerd”, *Fiscoloog* 2015, afl. 1441, 1-4; G.D. GOYVAERTS, “Geen kaaimantaks als er voldoende ‘substance’ is”, *Fisc.Act.* 2015, afl. 22, 1-5; M. DHAENE, “Voorstel tot vervanging van het net ingevoerde artikel 18, 2^{ter}, b) WIB 1992 door een duidelijke regel tot vermindering van dubbele belasting”, *TFR* 2015, afl. 485, 607-609; V.A. DE BRAUWERE en C. WILS, “Taxe Caïman: la taxation par transparence des structures patrimoniales ‘paradisiales’”, *Act.fisc.* 2016, afl. 1, 1-6; Th. AFSCHRIFT, “La taxation par transparence des revenus des ‘constructions juridiques’ (première partie)”, *JDF* 2016, 5-45; Th. AFSCHRIFT, “La taxation par transparence des revenus des ‘constructions juridiques’ (deuxième partie)”, *JDF* 2016, 65-112; G.D. GOYVAERTS, “New Belgian CFC legislation for private wealth structures or Cayman tax”, *Journal of International Taxation – Trust and Corporate Planning* 2016, vol. 23, afl. 1, 25; G.D. GOYVAERTS en C. COUDRON, “Wanneer zijn Luxemburgse Sicavs in scope, en wanneer zijn ze out of scope?”, *VIP* 2016, afl. 1, 35; D.E. PHILIPPE, “Elargissement de la taxe caïman: les Sicav dédiées luxembourgeoises dans la ligne de mire”, *Act.fisc.* 2016, afl. 6, 7-10; K. DE HAEN, “Wet reeds aangepast: Jaws II of Finding Nemo?”, *Intern.Fisc.* 2016, afl. 2, 5-8; G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks en de (niet-)toepassing ervan bij ‘dubbelstructuren’”, *TFR* 2016, afl. 504, 572-580; P. DEBAENE en S. SLAETS, “Bespreking”, *TFR* 2016, afl. 504, 601-605; F. DEBELVA, A.M. VANDEKERKHOVE en G. VERACHTERT, “Ontsnappen dubbelstructuren steeds aan kaaimantaks?”, *Fisc.Act.* 2016, afl. 27, 1-6; F. DEBELVA en A.M. VANDEKERKHOVE, “Antimisbruikbepalingen en dubbelstructuren: enkele bedenkingen”, *Fisc.Act.* 2016, afl. 30, 3-7; J. VAN DYCK, “Aangifte rechtspersonenbelasting: ook uitkijken voor ‘kaaimantaks’”, *Fiscoloog* 2016, afl. 1479, 2-4; G.D. GOYVAERTS, “De gecertificeerde maatschap onderworpen aan de Kaaimantaks”, *VIP* 2016, afl. 3, 46-50; Ph. HINNEKENS en L. WELLENS, “Rulingcommissie: wel kaaimantaks op inkomsten ‘trust’ niet op uitkeringen”, *Fiscoloog* 2017, afl. 1512, 8-11; Ph. HINNEKENS en L. WELLENS, “Gecertificeerde maatschap: toepassing kaaimantaks bevestigd”, *Fiscoloog* 2017, afl. 1514, 5-8; G.D. GOYVAERTS, “Rulings kaaimantaks herijken notie ‘oprichter’”, *Fisc.Act.* 2017, afl. 13, 3-10; G. VERACHTERT, “Geveinsde structuur kan geen belastbaar dividend uitkeren”, *Fisc.Act.* 2017, afl. 21, 4-10; D.E. PHILIPPE, “Geen kaaimantaks op Luxemburgse SICAV – SIF?”, *Fisc.Act.* 2017, afl. 30, 6-11; M. DELANOTE en D.E. PHILIPPE, “Les doubles structures et l’article 344, § 1 CIR: quels sont les actes posés par le contribuable susceptibles d’abus?”, *RGCF*, p. 42-50, tevens gepubliceerd in *TFR* 2018, nr. 535, p. 121-139; N. APPERMONT en B. PEETERS, “Kaaimantaks 2.0, extheffingen en vrijheid van vestiging, troebel water?”, *Fiscoloog (l.)* 2018, nr. 412, p. 5-8.



bedoelingen op eerder eufemistische wijze¹¹. De kaaimantaks werd nog voor het jaareinde van 2015 retroactief “aangescherpt” bij wet van 26 december 2015¹². In essentie behelst de wet de remediëring van een beperkt aantal in de rechtsleer bekritiseerde punten alsmede een aantal aanpassingen die onder meer tot doel hadden om het misbruik van het statuut van een aantal uitgesloten gevallen tegen te gaan, om deze in voorkomend geval alsnog binnen het toepassingsgebied van het stelsel op te nemen. Die eerste “reparatie” van de kaaimantaks beoogde volgens de *memorie van toelichting* bij de wet van 25 december 2017 het tegengaan van een aantal beweerdelijke misbruiken¹³. Met name betrof dat de problematiek van de zogenaamde gecompartmenteerde sicav dédié waarvan het aandeelhouderschap in een “onderlinge verbondenheid” wordt gehouden. Over deze problematiek zijn talrijke artikels in de rechtsleer verschenen en bestaat op vandaag nog steeds betwisting¹⁴.

Dat alles heeft aanleiding gegeven tot een kaaimantaks 1.0 die van toepassing is geweest vanaf 1 januari 2015 tot en met 31 december 2017. Deels echter geldt de vernieuwde kaaimantaks 2.0 reeds vanaf 17 september 2017 (zie *supra*). De algemene principes en basisbegrippen van het kaaimantaksregime zoals het gold anno 2015-2017 lijken *post factum* beschouwd zelfs eerder eenvoudig indien we het vergelijken met de wel zeer complexe regelgeving van de kaaimantaks 2.0.

De kaaimantaks 1.0 installeerde bij artikel 5/1 WIB 1992 in de personenbelasting en bij artikel 220/1 in de rechtspersonenbelasting een regime van volkomen fiscale transparantie ten name van de oprichter of een “derde begunstigde” wanneer deze laatste een daadwerkelijke uitkering ontving in hetzelfde jaar als dat waarin de juridische constructie het betreffende onderliggende inkomen heeft verkregen. Daarbij onderscheidde we drie soorten juridische constructies, zijnde een juridische constructie type 1 waar doorgaans trusts mee worden bedoeld, een juridische constructie type 2a waarmee

offshore vennootschappen worden bedoeld en een juridische constructie type 2b waarmee buitenlandse stichtingen worden bedoeld. Beide types 2 dienen onderworpen te zijn aan een fiscaal gunstig regime zoals gedefinieerd in de wet (de “minder dan 15% onderworpenheidsregel”).

Cruciaal bij de kaaimantaks 1.0 was de introductie van een artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 op grond waarvan uitkeringen door een juridische constructie type 2b zijnde stichtingen, als dividend belastbaar werden gesteld. Dit was een volkomen nieuwigheid daar een stichting uiteraard geen dividenden uitkeert maar louter “benefactions” geeft die veel meer het karakter van een gift of schenking hebben. Dividenden uit offshore vennootschappen die voor de kaaimantaks kwalificeren als een juridische constructie type 2a, waren uiteraard reeds belastbaar op basis van artikel 18, 1° WIB 1992 en daartoe was de invoering van een artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 dus niet nodig. In het kader van de kaaimantaks 1.0 werd een nieuwe “vrijstelling”¹⁵ voorzien in artikel 21, 12° WIB 1992 met als doel om reeds in hoofde van de oprichter transparant belaste inkomsten vrij te stellen bij de wederuitkering ervan aan die oprichter door het wege een offshore vennootschap dan wel door een stichting. Dit systeem was vrij eenduidig en logisch opgebouwd, wege het dat kon worden betreurd dat uitkeringen door een stichting voortaan als dividend werden belast, wat ingaat tegen de natuur van een stichting. Het ware veel logischer geweest zo uitkeringen door stichtingen tevens zouden blijven kwalificeren als niet belastbare uitkeringen zoals dit initieel het geval was bij uitkeringen door een trust en de wetgever zich zou hebben beperkt tot het invoeren van een doorlooptbelasting alléén¹⁶.

Omdat het samengaan van een fiscaal transparante behandeling en een belasting bij uitkering eerder moeizaam is, bleek uit de wet een zeer strikt te handhaven éénjarigheidsbeginsel wat we al eerder hebben omschreven als de zogenaamde “X – X+1 regel”¹⁷. Deze regel impliceert dat inkomsten m.b.t.

11. “Het is hierbij niet de bedoeling om de juridische constructies op zich te verbieden, maar enkel de fiscale voordelen te neutraliseren door transparantie te creëren, het bestaande heffingsvacuüm te verhelpen en de mogelijkheid van onbelast zwevend vermogen te beëindigen.” “De voorgestelde regeling wordt zo uitgewerkt dat zij de rechtmatige belangen van de schatkist en de belastingplichtige harmonieus combineert. Dit wil zeggen dat de regeling de fiscus moet toelaten belasting te heffen, in die gevallen waar door het tussenschuiven van de bedoelde ‘juridische constructies’ een normale belastingheffing omzeild wordt; terwijl anderzijds vermeden moet worden, via de transparantieregeling, personen te belasten die niet de uiteindelijk gerechtigden zijn, en tevens vermeden moet worden bepaalde inkomsten (economisch) dubbel te belasten. Er worden begeleidende maatregelen genomen om een correcte aangifte te stimuleren”. *Parl.St. Kamer 2017-18*, 6 november 2017, Doc. 54-2746/001, p. 29.

12. Wet 26 december 2015 houdende maatregelen inzake de versterking van jobcreatie en koopkracht (BS 30 december 2015, ed. 2; BS 28 augustus 2015); KB 18 december 2015 tot uitvoering van artikel 2, § 1, 13°, b), tweede lid van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 (BS 29 december 2015) (EER juridische constructies); G.D. GOYVAERTS, “Kaaimantaks gerepareerd én aangescherpt”, *Fisc.Act.* 2015, afl. 42, 6.

13. “Teneinde het toepassingsgebied van dit aanslagstelsel niet onevenredig groot te maken en te vermijden dat ook situaties onder het toepassingsgebied zouden vallen die niet door de wetgever werden beoogd, werden een aantal gevallen van het toepassingsgebied uitgesloten waaronder onder meer de beursgenoteerde vennootschappen of de openbare of institutionele collectieve beleggingsinstellingen. Met de wet van 26 december 2015 werd dit aanslagstelsel dus aangepast. Deze aanpassingen hadden onder meer tot doel om het misbruik van het statuut van de hierboven vermelde uitgesloten gevallen tegen te gaan en deze in voorkomend geval alsnog binnen het toepassingsgebied van het stelsel op te nemen. Dit misbruik wordt dan ook verondersteld in het geval de rechten van een beursgenoteerde vennootschappen, openbare of institutionele collectieve beleggingsinstellingen of van een compartiment ervan worden aangehouden door één persoon of meerdere met elkaar verbonden personen.” *Parl.St. Kamer 2017-18*, 6 november 2017, Doc. 54-2746/001, p. 28.

14. B. PHILIPPART DE FOY en A. DAYEZ, “Taxe Caïman: application aux fonds d’investissement et aux Sicav-FIS dédiées”, *RPP* 2015, afl. 4, 441-433; G.D. GOYVAERTS en C. COUDRON, “Wanneer zijn Luxemburgse Sicavs in scope, en wanneer zijn ze out of scope?”, *VIP* 2016, afl. 1, 35; D.E. PHILIPPE, “Elargissement de la taxe caïman: les Sicav dédiées luxembourgeoises dans la ligne de mire”, *Act.fisc.* 2016, afl. 6, 7-10; E. VERSTRAELEN, *De fiscale analyse van geregelde instellingen voor collectieve belegging naar Belgisch recht in een Europese context*, Doctoraat Universiteit Antwerpen, 2016, randnrs. 644 et seq.; C. COUDRON, “Voorafgaande beslissing 2017.037 van 14 maart 2017 over de kaaimantaks en de Luxemburgse SICAV-SIF: een moeilijke Kwalificatie-oefening...”, *TBF* 2017/02, p. 40-48.

15. In wezen is het geen vrijstelling maar een opsomming van inkomsten die geen dividenden zijn.

16. Zie in deze zin ook Anouck Biesmans die deze redenering onderschrijft (A. BIESMANS, “Trusts, *quo vadis*” in B. PEETERS (ed.), *Liber Amicorum Rik Deblauwe*, Herentals, Knops Publishing, 2018, p. 53).

17. G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks, een kritische beschouwing”, *TFR* 2015, nr. 490-491, 865-923.



jaar X van de juridische constructie worden belast ten name van de oprichter(s), tenzij en in de mate dat die inkomsten werden uitgekeerd aan een “derde begunstigde” in datzelfde jaar X. De belastingheffing ex artikel 5/1 WIB 1992 gebeurt m.b.t. het inkomstenjaar X immers voor het aanslagjaar X + 1. Een uitkering vanaf jaar X + 1 aan een derde begunstigde van de inkomsten van jaar X is in hoofde van deze laatste dan ook fiscaal neutraal daar de desbetreffende inkomsten reeds belast werden ten name van de oprichter voor aanslagjaar X + 1. Deze werkwijze van begroting van de belastbare grondslag in hoofde van de derde begunstigde werd bevestigd bij een parlementaire vraag alsmede bij verschillende beslissingen door de Rulingcommissie¹⁸. De meest recente bevestiging hiervan ligt vervat in beslissing nr. 2017.226 van 6 juli 2017¹⁹. Interessant aan deze laatste beslissing is evenwel dat ze pas werd gepubliceerd op 28 maart 2018, toen de hele regelgeving waarvan ze toepassing maakt reeds opgeheven was.

De regel wordt overigens ook met zoveel woorden bevestigd in de *memorie van toelichting* bij de kaaimantaks 2.0: “De doorkijkbenadering bij derde begunstigten kon bovendien ook enkel succesvol worden toegepast indien de inkomsten die door de juridische constructie werden verkregen in hetzelfde belastbaar tijdperk werden uitgekeerd aan de derde begunstigde. Dit had tot gevolg dat derde begunstigten, afhankelijk van het type juridische constructie, fiscaal anders werden behandeld al naar gelang de juridische constructie al dan niet de verkregen inkomsten in hetzelfde belastbaar tijdperk aan deze begunstigde had uitgekeerd”²⁰.

Naar aanleiding van een hele reeks voorafgaande beslissingen die werden afgeleverd eind 2016 door de Rulingcommissie ontstond in hoofde van het kabinet financiën een voortschrijdend inzicht op grond waarvan de aanpassing van de kaaimantaks wenselijk leek. Dat kunnen we tenminste afleiden uit het antwoord op een parlementaire vraag: “Mijn administratie en de beleidscel volgen de evolutie van de kaaimantaks nauwlettend op. Indien blijkt dat de wetgeving moet worden aangepast, zal ik een wetsontwerp indienen om een en ander bij te sturen, zoals eerder al gebeurde via de programmawet van 26 december 2015”²¹. Dit heeft dan uiteindelijk geresulteerd in de programmawet van 25 december 2017. Een aantal stellingen uit de rullingpraktijk worden naar de geest ervan in die wet ingeschreven. Ook werden een aantal mogelijkheden tot beweerdelijk misbruik uitgesloten. De *memorie van toelichting* verwoordt dit als volgt²²:

“Vooreerst wordt er besloten om de problematiek van de zogenaamde dubbelstructuren aan te pakken door in het aan-

slagstelsel aanvullende regels te voorzien die het mogelijk zullen maken om deze structuren op een uniforme en performante wijze aan de inkomstenbelasting te onderwerpen.”

“Dit ontwerp voorziet eveneens om de van de uitkeringen van de in artikel 2, § 1, 13°, a) WIB, bedoelde juridische constructies fiscaal op dezelfde wijze te behandelen als de uitkeringen van de in artikel 2, § 1, 13°, b) WIB bedoelde juridische constructies.”

“Dit ontwerp heeft dan ook tot doel om tot een meer uniforme behandeling van de derde begunstigten te komen.”

“Daarnaast wil de federale Regering met dit ontwerp anticiperen op andere structuren die tot doel hebben de kaaimantaks te ontwijken.”

Als we een eerste poging doen om alle wijzigingen op te sommen die in deze inleidende toelichting van wel 5 bladzijden in de *memorie van toelichting* worden vermeld en die betrekking hebben op het verscherpen van de kaaimantaks en de bestrijding van de ontwijking ervan, dan komen we tot een volgende opsomming:

- de invoering van een “contractuele” juridische constructie type 3, zijnde een derde vorm van juridische constructie waarmee voornamelijk (maar niet uitsluitend) verzekeringsconstructies worden beoogd;
- de afschaffing van de notie “derde begunstigten” ter zake de toepassing van fiscale transparantie in hunnen hoofde, evenwel met behoud van de taxatie in hoofde van enige derde begunstigde bij enige uitkering;
- de verscherping van het éénjarigheidsbeginsel X – X+1 ten aanzien van oprichters;
- de invoering van een stelsel van “ketenconstructies” wat via de definitie van “moederconstructie” en “dochterconstructie” moet toelaten om zogenaamde “dubbelstructuren” steeds aan een heffing te onderwerpen;
- de invoering van fictieve dividenduitkeringen bij overdracht of inbreng door een juridische constructie;
- een verscherping van de substance uitsluiting in het kader van het beheer van privévermogen;
- de fiscale kwalificatie van uitkeringen door trusts als dividendend;
- de invoering van een “anterioriteitsregel” op grond waarvan de oudste reserves fictief geacht worden eerst uitgekeerd te zijn;
- een verscherping van de “kapitaalregeling” bij de bepaling van de waarde van het ingebrachte vermogen van een juridische constructie;

18. *Vr.en Antw.* Kamer 2014-15, 3 augustus 2015, nr. 54/036, 47 (Vr. nr. 420 R. DESEYN); rulling nr. 2016-711.

19. Samenvatting Besl. nr. 2017.226: “De X trust kwalificeert als een juridische constructie cf. artikel 2, § 1, 13°, a) WIB 1992. Voor het inkomstenjaar waarin A een uitkering van de trust ontvangt, kwalificeert hij als derde begunstigde van de trust op basis van artikel 2, § 1, 14°/1 WIB 1992 en is hij gehouden het bestaan van de trust te vermelden in zijn aangifte personenbelasting van het aanslagjaar dat betrekking heeft op het inkomstenjaar waarin de uitkering plaats vond cf. artikel 307, § 1, vierde lid WIB 1992. Indien een uitkering door X trust plaats vindt aan de heer A kan besloten worden tot belastbaarheid op basis van artikel 5/1, § 2 WIB 1992, voor zover deze uitkeringen samengesteld zijn uit inkomsten die in hetzelfde jaar door de trusts zijn verkregen. De uitkeringen van inkomsten door de trust aan de aanvrager [hier bedoelt de Rulingcommissie de aanvrager als derde begunstigde en niet de oprichter] zijn onbelast, tenzij in het kader van artikel 5/1, § 2 WIB 1992”.

20. *Parl.St.* Kamer 2017-18, 6 november 2017, Doc. 54-2746/001, p. 30.

21. *Hand.* Kamer 2016-17, 22 februari 2017, CRIV 54 COM 606, 15 (Mond. Vr. nr. 16514 LAAOUEJ).

22. *Parl.St.* Kamer 2017-18, 6 november 2017, Doc. 54-2746/001, p. 28-32.



- de aanpassing van de anti-misbruikmaatregel van artikel 344/1 WIB 1992 door een verwijzing in te lassen naar artikel 344, § 1 WIB 1992.

Indien we dit alles in ogenschouw nemen en we hernemen de eerder vermelde vrije definitie van wat de kaaimantaks is, dan komen we voor de kaaimantaks 2.0 tot een in belangrijke mate gewijzigde definitie. Deze luidt als volgt:

“De kaaimantaks 2.0 is een gecombineerde uitkerings- en doorkijkbelasting in de personen- en de rechtspersonenbelasting waarbij inkomsten al dan niet fictief ontvangen door, dan wel uitgekeerd aan, één of meerdere ‘juridische constructies’ al dan niet fictief, fiscaal worden toegerekend aan een ‘oprichter’ alsof deze die inkomsten rechtstreeks zou hebben ontvangen, dan wel die belastbaar zijn bij al dan niet fictieve uitkering aan een begunstigde dan wel de oprichter zelf, en waarbij die inkomsten die voorheen aan 1 januari 2015 dan wel 1 januari 2018 niet belastbaar waren nu wel belastbaar geworden zijn.”

Het zal de lezer onmiddellijk opvallen dat in deze definitie naar meerdere ficties en hypothesen wordt verwezen. Dat komt met name omdat de complexiteit van de kaaimantaks 2.0 fel is toegenomen in vergelijking met kaaimantaks 1.0²³. De wetgever heeft immers bij de redactie en voorbereiding van de wet van 25 december 2017 alle mogelijke beweerdelijke misbruiken en loopholes willen sluiten en elke vorm van creativiteit bij het omgaan met juridische constructies willen fnuiken. Het gevolg daarvan is echter dat de kaaimantaks 2.0 extreem onduidelijk is geworden in haar uitwerking²⁴. Bovendien laten de samenlezing van de diverse ficties, effectieve en fictieve uitkeringsmomenten, aanrekeningsregels, tekstuele onduidelijkheden en fiscale misbruikmaatregelen zoals 344/1 WIB 1992 nog amper aan de belastingplichtige toe om te komen tot een redelijke inschatting van zijn belastingplicht. Alleen al de samenlezing van de wettelijke definitie van een juridische constructie type 1 met die van een juridische constructie type 3 zal menigeen de wenkbrauwen doen fronsen zich daarbij afvragend welke contractuele relatie dan nog buiten de kaaimantaks zou kunnen vallen. In eerdere bijdragen hebben we er reeds op gewezen dat zulks in voorkomend geval tot ongewenste effecten aanleiding kan geven en zelfs tot een lagere belasting dan die welke zonder dergelijke ficties zou zijn verschuldigd²⁵.

Aanvankelijk hadden we de indruk bij de toepassing van de kaaimantaks 1.0 dat de Rulingcommissie hier regulerend zou

optreden. Dat is ook effectief gebeurd daar er naar het einde van 2016 toe talrijke rulings werden afgeleverd over de toepassing van de kaaimantaks. Indien we echter de tekst van de wet van 25 december 2017 lezen, stellen we vast dat onze eerste indrukken bij ettelijke van die rulings bevestigd werden. De desbetreffende rulings hebben immers bepaalde zaken en rechtsverhoudingen als belastbaar beoordeeld die dat op grond van de toenmalige teksten van kaaimantaks 1.0 helemaal niet waren. Bovendien werden bepaalde rechtsfiguren gehanteerd die ondertussen door de wet van 25 december 2017 integraal werden opgeheven. De desbetreffende rulings kunnen dan ook in die mate geacht worden *contra legem* te zijn²⁶. Dit alles geeft aanleiding tot een zeer onduidelijke actuele situatie met betrekking tot de belastbaarheid van structuren die vandaag geacht kunnen worden onder de toepassings sfeer van de kaaimantaks 2.0 te ressorteren. Hierna doen we een poging om enige duidelijkheid te scheppen.

B. De uitbreiding van de kaaimantaks met een juridische constructie type 3

De kaaimantaks 2.0 voorziet in de introductie van een nieuw type juridische constructie “type 3” via een nieuw artikel 2, § 1, 13°, c) WIB 1992, wat we hierna het “Contractuele type 3” zullen noemen. Zoals steeds bij de kaaimantaks is het belangrijk om bij elke commentaar dan wel interpretatie te starten met de lezing van de letterlijke tekst van de wet. Artikel 2, § 1, 13°, c) WIB 1992 luidt als volgt:

“c) een overeenkomst, in de mate dat die overeenkomst:

- *– in ruil voor betaling van één of meerdere premies, in de loop van de duurtijd van deze overeenkomst of bij afloop ervan, voorziet in:*
- *– de uitbetaling van de inkomsten die werden verkregen van een in de bepaling onder a) of b) bedoelde juridische constructie, of in*
 - *de uitkering van de economische rechten, de aandelen of de activa van een in de bepaling onder a) of b) bedoelde juridische constructie;*
 - *in ruil voor de inbreng van de economische rechten, van de aandelen of van de activa van een in de bepaling onder a) of b) bedoelde juridische constructie, in de loop van het contract of bij afloop*

23. Desondanks heeft de regering de mond vol over “vereenvoudiging van de fiscaliteit”, wat nu van de kaaimantaks niet meteen kan worden gezegd (en ook dat is een eufemisme).

24. Hierna een overzicht van de op heden gepubliceerde rechtsleer over de kaaimantaks 2.0: G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks 2.0. Een korte inleiding over volkomen en onvolkomen fiscale transparantie anno 2018”, *TBF* 2017/03, p. 65-119; G.J. VERACHTERT, “De gaten in de kaaimantaks worden gedicht”, *Fisc.Act.* 2017/34, p. 1-6; S. SABLON (ed.), *Fisc.Koer.* 2018/2, 1-2-3, Kluwer, p. 11-31; L. SALJEN, “Collegelid rulingcommissie”, seminarie gegeven op 20 februari 2018 aan de Universiteit Hasselt; G.D. GOYVAERTS, seminarie gegeven op de studiedag georganiseerd door het tijdschrift voor beleggingsfiscaliteit op 23 maart 2018; N. APPERMONT en B. PEETERS, “Kaaimantaks 2.0, exithellingen en vrijheid van vestiging, troebel water?”, *Fiscoloog (I.)* 2018, nr. 412, p. 5-8; G.J. VERACHTERT, slides seminarie LexAlert, mei 2018; verder wordt naar enige aspecten van de kaaimantaks 2.0 verwezen in drie bijdragen in het *Liber Amicorum Rik Deblauwe* uitgegeven bij Knops Publishing (2018): A. BIESMANS, “Trusts, *quo vadis*”, p. 35; G.D. GOYVAERTS, “Trust (en stiftung) voor vermogensplanning anno 2018, *quo vadis*”, p. 375; A. HAELTERMAN, “De feitelijke onbelastbaarheid van de feitelijke vereniging en de ‘kaaimantaks’”, p. 397.

25. G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks, een kritische beschouwing”, *TFR* 2015, nr. 490-491, 865-923 en de diverse voorbeelden in die tekst opgenomen. Met name kan daar worden verwezen naar de problematiek van de meerwaarden over Belgisch onroerend goed die worden gerealiseerd door offshore vennootschappen die onder de kaaimantaks vallen.

26. Voor een kritische commentaar ter zake de afgeleverde rulings kan verwezen naar G.D. GOYVAERTS, “Rulings kaaimantaks herijken notie ‘oprichter’”, *Fisc.Act.* 2017, afl. 13, 3-10; G. VERACHTERT, “Geveinsde structuur kan geen belastbaar dividend uitkeren”, *Fisc.Act.* 2017, afl. 21, 4-10.



*van het contract, n voorziet in de uitbetaling of uitkering van de ingebrachte rechten, aandelen of activa of van de tegenwaarde ervan;*²⁷

De *memorie van toelichting* verduidelijkt als volgt²⁷:

“In dit ontwerp wordt dus een nieuwe definitie van juridische constructie ingevoerd, die tot doel heeft elk product te viseren, waarbij ofwel een juridische constructie van het eerste of het tweede type wordt ingebracht, ofwel de inkomsten van een juridische constructie of de activa, aandelen of economische rechten van een juridische constructie wordt uitgekeerd aan om het even welke begunstigde.”

“(…) niet enkel de traditionele beleggingsverzekeringsproducten type TAK 21 of 23 worden geïsoleerd, maar ook andere producten die geen beleggingsverzekeringsproducten in de strikte zin van het woord zijn, maar die het op een gelijkaardige manier mogelijk maken om op contractuele wijze de band tussen de oprichter en de juridische constructie door te knippen.”

Deze nieuwe definitie heeft dus hoofdzakelijk tot gevolg dat de verpakking van een juridische constructie, van het eerste of het tweede type in een verzekeringsproduct, de toepassing van de kaaimantaks niet meer zal verhinderen.

“(…) zullen de inkomsten die worden verkregen door de juridische constructie van het eerste of het tweede type die deel uitmaakt van een juridische constructie van het derde type, worden belast in hoofde van de rijksinwoner of de rechtspersoon die aan de rechtspersonenbelasting is onderworpen, die het contract heeft gesloten én in wiens naam de premies van het contract werden voldaan.”

“Een verzekeringscontract zal dus slechts als een juridische constructie worden aangemerkt in de mate dat wordt voldaan aan de in dit ontwerp voorgestelde definitie.”

“Dit ontwerp heeft dus niet tot doel om iets te wijzigen aan het fiscale stelsel van de beleggingsverzekeringen in het algemeen.”

Daarbij aansluitend geldt er ook een nieuw vijfde streepje dat wordt toegevoegd aan artikel 2, § 1, 14° WIB 1992 met de introductie van een nieuwe vijfde soort van oprichter:

“hetzij, de natuurlijke persoon of de rechtspersoon die overeenkomstig artikel 220 aan de rechtspersonenbelasting onderworpen is, die de in 13°, c), bedoelde overeenkomst heeft gesloten en in wiens naam de premie of de premies van deze overeenkomst worden voldaan.”

Deze definitie van oprichter koppelt dus duidelijk terug naar de persoon die het betreffende contract heeft gesloten. Door de verwijzing naar een daarmee cumulatieve voorwaarde van

een premiestorting, er staat immers: *“én in wiens naam de premie of de premies van deze overeenkomst worden voldaan”*, valt het moeilijk in te zien hoe dit anders dan op een verzekeringsovereenkomst betrekking zou kunnen hebben. Desalniettemin laat de *memorie van toelichting* het interpretatieveld volledig open door ook te verwijzen naar andersoortige contracten. Het gebruik van de term “premie” verwijst mijns inziens nochtans eerder exclusief naar de verzekeringssector²⁸.

Verder dienen we ons af te vragen hoe deze bepaling te interpreteren is indien diegene die de overeenkomst sluit geen rijksinwoner is. In eerdere analyses werd immers reeds vastgesteld dat de kaaimantaks niet van toepassing is ter zake niet-inwoners. Het zou echter perfect kunnen dat een desbetreffende overeenkomst wordt gesloten door een niet-rijksinwoner en dat diegene die daar de begunstigde van is wel een rijksinwoner is. In een dergelijk geval is de kaaimantaks volgens deze definitie dus niet van toepassing daar dat contract dan niet kwalificeert als een juridische constructie type 3.

Wat de inwerkingtreding betreft leiden we af uit de inwerkingtredingsbepaling van artikel 100 van de wet van 25 december 2017 dat deze bepaling in werking treedt op 1 januari 2018. Dit lijkt onzes inziens erop te wijzen dat bij gebrek aan verwijzing naar inkomsten die worden verkregen toegekend of betaalbaar gesteld vanaf een bepaalde datum²⁹, contracten gesloten voorafgaandelijk aan 1 januari 2018 nooit kunnen kwalificeren als een juridische constructie type 3. Het valt uiteraard af te wachten hoe de administratie dit zal willen interpreteren en of zij dit nieuwe type 3 tevens van toepassing zal willen verklaren op contracten die al eerder voorafgaandelijk aan 1 januari 2018 werden gesloten.

In de *memorie van toelichting* worden verder geen voorbeelden van de fiscale uitwerking van een dergelijk type 3 gegeven. De enige toelichting die we verder nog kunnen terugvinden staat in het verslag waar gesteld wordt³⁰: *“Een nieuwe definitie van juridische constructie wordt ingevoerd. Deze nieuwe definitie heeft tot gevolg dat de inbreng of verpakking van een juridische constructie, van het eerste of het tweede type in een overeenkomst (bv. een verzekeringsovereenkomst), de toepassing van de doorkijkbelasting niet meer zal verhinderen.”*

Uit de tekst van de wet en uit de omschrijving van de toepassing ervan in de *memorie van toelichting* kan alleszins worden afgeleid dat dit nieuwe type 3 steeds de volgende vorm dient te hebben:

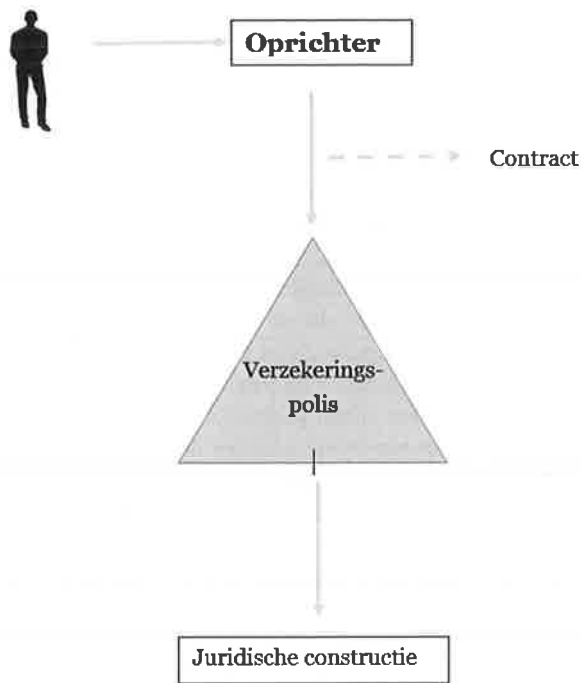
27. *Parl.St.* Kamer 2017-18, 6 november 2017, Doc. 54-2746/001, p. 31-33.

28. Voor een lijfrenteovereenkomst bv. zal in de praktijk veeleer sprake zijn van de afstand van een kapitaal ofschoon een lijfrente uiteraard ook kan gevestigd worden middels een premie.

29. Zoals dat bv. het geval is bij de inwerkingtredingsbepaling vanaf 17 september 2017 en bij de inwerkingtredingsbepaling van het initiële art. 344/1 WIB 1992.

30. *Parl.St.* Kamer 2017-18, 13 december 2017, Doc. 54-2746/016, p. 5.





Louter theoretisch beschouwd zijn de gevolgen van deze nieuwe juridische constructie “type 3” eerder onduidelijk te noemen. Ook het gebruik van de term “verpakking” in de *memorie* maakt ons niet veel wijzer. Wij leiden daaruit af dat inkomsten verkregen binnen de onderliggende juridische constructies type 1 dan wel type 2 zullen worden belast in hoofde van de natuurlijke persoon of rechtspersoon die het contract heeft gesloten en in wiens naam de premies van het contract werden voldaan, en die daarmee ook als “oprichter” geldt. Dat zou impliceren dat het bestaan van de juridische kwalificatie beleggingsverzekering tak 21/23 wordt genegeerd. In die zin is het onduidelijk wat de wetgever precies bedoelt met de bepaling in de *memorie van toelichting* dat het ontwerp “niet tot doel heeft om iets te wijzigen aan het fiscale stelsel van de beleggingsverzekeringen in het algemeen”. Wellicht bedoelt men dat in alle andere gevallen het taxatieregime van de beleggingsverzekeringen overeind blijft, maar dat indien de contractant-oprichter én het voorwerp van het contract zélf bij het sluiten van de overeenkomst voldoen aan één van de beide criteria zoals gesteld in de definitie van een juridische constructie type 3, dat er alsdan fiscale transparantie geldt *cf.* artikel 5/1, § 1, ter zake de inkomsten van de overliggende polis die vervolgens in hoofde van de oprichter worden belast.

Hoger hebben we reeds gezegd dat het onduidelijk is welke andere contracten zouden kunnen worden geïnterpreteerd door deze bepaling. Er is in de tekst van de definitie van de juridische constructie type 3 immers nergens enige verwijzing naar de verzekeringssector te vinden. Die verwijzingen vinden we alleen terug in de *memorie van toelichting*. Het is dus niet de bedoeling dat de juridische constructie type 3 alleen maar betrekking zou kunnen hebben op beleggingsverzekeringen.

Maar welke andere contracten worden dan bedoeld? Het eerste mogelijke contract dat voor de geest komt is dat van een lijfrenteovereenkomst in ruil voor afstand van aandelen (per hypothese bij wijze van premiebetaling dan) van een juridische constructie type 2. In zo’n geval zou de lijfrenteovereenkomst dan blijkbaar niet meer fiscaal kunnen doorwerken en zou er een blijvende fiscale transparantie gelden ten aanzien van de inkomsten die worden ontvangen door de ingebrachte juridische constructie type 2. Dat lijkt alleszins toch in overeenstemming te zijn met de tekst van artikel 2, § 1, 13°, c) *jo.* artikel 2, § 1, 14°, vijfde streepje WIB 1992. Daarbij kunnen wij ons echter niet van de indruk ontdoen dat een dergelijke constellatie eventueel ook zou kunnen ressorteren onder het nieuwe artikel 5/1, § 2 WIB 1992 daar er in een dergelijk geval toch sprake is van de inbreng van de aandelen van een juridische constructie type 2. In dat laatste artikel evenwel wordt nergens geschreven waarin die inbreng dan wel dient te gebeuren. Er wordt gewoon verwezen naar de inbreng van de aandelen van een juridische constructie type 1 of type 2 (zie hierna voor een ruimere commentaar bij de zeer onduidelijke bepaling van art. 5/1, § 2 WIB 1992).

Mogelijk heeft de wetgever door de introductie van de nieuwe juridische constructie type 3 een catch all-bepaling willen lanceren van zuiver contractuele aard die in aanvulling bij de ruime interpretatie die de Rulingcommissie reeds hanteert in diverse beslissingen van de definitie van een juridische constructie type 1, zo ongeveer elke transactie waarbij een offshore vennootschap, een trust dan wel een stichting van ver of van nabij betrokken is onder de kaaimantaks te betrekken. De tijd zal uitwijzen welke interpretatie de Rulingcommissie naar voor schuift. Aan de hand van de rulings die reeds werden afgeleverd einde 2016 mogen we er echter van uitgaan dat de Rulingcommissie een zeer ruime en teleologische interpretatie zal hanteren die in geen deele zal aansluiten bij een strikte lezing van de tekst van de wet. Het volstaat om hiertoe te verwijzen naar de diverse overwegingen in de rulings die eerder in de rechtsleer van commentaar werden voorzien³¹.

In ieder geval “werkt” deze bepaling blijkbaar alleen maar indien de onderliggende juridische constructie type 1 of 2 “blijft bestaan” gedurende de duurtijd van de overeenkomst. De definitie verwijst immers naar de uitbetaling van de inkomsten die werden verkregen van een juridische constructie of de uitkering van de economische rechten, de aandelen of de activa van een juridische constructie. Alleen in het geval van artikel 2, § 1, 13°, c), tweede streepje waarbij er sprake is van een inbreng wordt er verwezen naar de tegenwaarde van de desbetreffende ingebrachte juridische constructie.

Het komt ons dan ook voor dat de definitie van de juridische constructie type 3 zeker niet in alle denkbare gevallen waarbij een combinatie wordt gemaakt van een verzekeringspolis enerzijds en een juridische constructie type 1 dan wel type 2 anderzijds tot de toepassing van de kaaimantaks zal leiden. Zo kunnen we ons bijvoorbeeld de vraag stellen wat er ge-

31. Zie o.a. G.D. GOYVAERTS, “Rulings kaaimantaks herijken notie ‘oprichter’”, *Fisc.Act.* 2017, afl. 13, 3-10.

beurt indien een juridische constructie die wordt gehouden door een beleggingsverzekering wordt geliquideerd. Zal er dan taxatie zijn in hoofde van de verzekeringnemer die de overeenkomst heeft gesloten? Dat zal volgens de gehanteerde definitie alleen maar het geval zijn indien de geliquideerde juridische constructie effectief werd ingebracht. Het is immers alleen in dat geval dat er sprake is van een tegenwaarde (tweede streepje). Indien de levensverzekeringsmaatschappij echter om redenen die haar eigen zijn de ingebrachte premies aan haar betaald in geld heeft belegd in een juridische constructie, dan lijkt mij volgens de gehanteerde definitie niet te zijn voldaan aan de classificatie van een juridische constructie type 3. We kunnen ons uiteraard de vraag stellen wat het voordeel van een dergelijke beleggingsstrategie zou zijn, maar dat is een debat terzijde.

Verder lezen we nergens in de gehanteerde definitie dat het klassieke verhaal waarbij een juridische constructie type 1 of type 2 zélf een levensverzekeringsovereenkomst sluit wordt geïllustreerd door deze tekst. Bij dat contract is immers de natuurlijke persoon die als oprichter kwalificeert nergens betrokken. In die zin kan ook aansluiting worden gevonden bij de bewering in de *memorie van toelichting* dat het taxatieregime van de beleggingsverzekeringen blijvend wordt gerespecteerd. Uiteraard dient steeds voorbehoud gemaakt voor de toepassing van het nieuwe artikel 344/1 WIB dat verwijst naar artikel 344, § 1 WIB 1992 (zie *infra* deel I, I.).

De enige zinnige conclusie van deze complexe en quasi onleesbare bepaling lijkt te zijn dat een combinatie van een juridische constructie type 1 dan wel type 2 met een “contract” genre beleggingsverzekering de fiscale transparantie van de inkomsten uit de ingebrachte activa niet zou mogen verhinderen. Het zal dus zaak zijn om in elk individueel geval zeer nauwgezet de contractuele relatie te onderzoeken zowel wat betreft de betrokken partijen als wat betreft de ingebrachte goederen, dan wel wat betreft het voorwerp van de premiebetaling, om zodoende na te gaan of aan de fiscale definitie van een juridische constructie type 3 is voldaan.

Hierna poog ik een aantal voorbeelden te geven om het begrip juridische constructie type 3 verder te duiden.

Voorbeeld 1: de heer Piet Pieters draagt aandelen van een BVI Ltd. over als premiestorting aan een Lux Tak 23 (waarbij de 2%-taks wordt gekweten). Dit lijkt te voldoen aan de definitie van artikel 2, § 1, 13°, c), tweede streepje WIB 1992 én aan de definitie van oprichter volgens artikel 2, § 1, 14°, vijfde streepje WIB 1992. De heer Pieters draagt immers als natuurlijke persoon aandelen van een juridische constructie type 2 over in het kader van een contract van beleggingsverzekering. Het gevolg zal dus zijn: de voortdurende fiscaal transparante taxatie van de inkomsten van de BVI bij de heer Piet Pieters die als oprichter classificeert. De beleggingsverzekering tak 23 wordt *in fiscalibus* geacht niet te bestaan en de betaalde 2%-taks is dus volledig verloren. Dit lijkt een duidelijk voorbeeld.

Voorbeeld 2: de heer Piet Pieters draagt een som geld over aan een Liechtensteinse verzekeringsmaatschappij die die som belegt in een op een kwalificerende beurs genoteerd Cayman Fund. Nu zal het er uiteraard van afhangen hoe dat

Cayman Fund gestructureerd is.

- A) In de hypothese dat het Fund georganiseerd is in vorm van een trust, dan kwalificeert het fonds als een juridische constructie type 1. In dat geval zal de verzekeringsmaatschappij bij uitkering inkomsten krijgen van een juridische constructie type 1. In de veronderstelling dat contractueel wordt voorzien dat die inkomsten (van de belegging in dat Cayman Fund) zullen worden uitbetaald aan de heer Piet Pieters, kwalificeert het geheel als een juridische constructie type 3 (zie evenwel hoger ter zake de niet-kwalificatie als type 3 indien de belegging in het Cayman Fund niet zou kunnen worden toegerekend aan de heer Pieters). Het fiscale ontwijkgedrag dat met deze beleggingsvorm wordt beoogd ontgaat mij evenwel. Ik zie ook niet meteen in welk misbruik hier per se moet worden bestreden. De fiscale vrijstelling die de heer Piet Pieters beoogt is immers gerealiseerd doordat hij een premie betaalt aan een verzekeringsmaatschappij. Het feit dat de verzekeringsmaatschappij die gelden belegt in een Fund georganiseerd in de vorm van een trust is naar mijn bescheiden mening volstrekt irrelevant ten aanzien van de fiscale behandeling in hoofde van de heer Piet Pieters (zie *supra*). In die zin lijkt deze nieuwe definitie van een juridische constructie type 3 dan ook op overkill. De desbetreffende sector zal uiteraard zelf moeten uitmaken in welke mate ze hiermee rekening moet houden ten aanzien van haar Belgisch cliënteel.
- B) In de hypothese dat het Cayman Fund georganiseerd is in vorm van een beursgenoteerde BVI Ltd., voldoet de constellatie niet aan de fiscale definitie van een juridische constructie type 3. Omwille van de uitzondering opgenomen in artikel 2, § 1, 13°/1, d) WIB 1992 kwalificeert de beursgenoteerde BVI Ltd. immers niet als een juridische constructie type 2 waardoor het geheel van de constellatie dan ook niet kan kwalificeren als een juridische constructie type 3.
- C) In de hypothese dat het Cayman Fund georganiseerd is in de vorm van een gecompartmenteerde ICB waarbij het volledige compartiment wordt benomen door de heer Piet Pieters gestorte premies, lijkt het geheel mogelijk wel te classificeren als een juridische constructie type 3, ofschoon daar enige twijfel kan over bestaan. De bepaling dat een gecompartmenteerde ICB waarbij per hypothese slechts één persoon ingeschreven heeft op het desbetreffende compartiment, dan wel in onderling verband, kan mijns inziens niet zomaar worden doorgetrokken naar de verzekeringsmaatschappij. Er is immers geen enkele bepaling in de kaaimantaks die voorziet dat compartimenten die volledig worden onderschreven door verzekeringsmaatschappijen zouden classificeren als een juridische constructie type 2. In die zin is de tussenplaatsing van de verzekeringsmaatschappij door de heer Piet Pieters voldoende om de kwalificatie als juridische constructie type 2 te verhinderen, en daaraan kan de definitie zoals wordt gehanteerd van een juridische constructie type 3 niets afdoen. Ik wil



deze hypothese dan ook onder voorbehoud afsluiten als niet kwalificerend onder de definitie van een juridische constructie type 3.

Voorbeeld 3: de heer Piet Pieters is aandeelhouder van een BVI Ltd. die kwalificeert als een juridische constructie type 2. Deze BVI onderschrijft een Luxemburgse beleggingsverzekering tak 23 met haar assets, op het leven van Piet, waarbij de 2% verzekeringstaks wordt betaald. Deze constellatie classificeert mijns inziens niet als een juridische constructie type 3 om de eenvoudige reden dat het contract niet wordt afgesloten door een rijksinwoner dan wel door een rechtspersoon onderworpen aan de rechtspersonenbelasting³². Het is de juridische constructie zelf die het contract afsluit. Er zal dus geen transparante taxatie van de inkomsten van de tak 23 in hoofde van de oprichter van de BVI kunnen worden toegepast. Het gunstige fiscale regime van de tak 23 wordt hier *in fiscalibus* dus niet geneutraliseerd. De bestaande fiscale transparantie in de relatie tussen de heer Piet Pieters en zijn BVI Ltd. blijft weliswaar bestaan maar zal in de praktijk worden opgeschort tot op het moment dat de beleggingsverzekeringtak 23 haar onbelaste uitkering aan de BVI doet. In die zin wijzigt er dus niets met de oude regelgeving.

Voorbeeld 4: een trustee onderschrijft een contractuele levensverzekering op het leven van de heer Piet Pieters met een uitkering voor zijn minnares. Omwille van een redenering analoog aan die gehanteerd in voorbeeld 3 is dit geen juridische constructie type 3.

Ten slotte dient bij deze voorbeelden 3 en 4 uiteraard voorbehoud worden gemaakt voor de eventuele toepassing van artikel 344/1 WIB 1992 *jo.* artikel 344, § 1 WIB 1992 op grond waarvan kan worden geargumenteed dat de rechtshandeling gesteld door een juridische constructie behept zou zijn met fiscaal misbruik op grond waarvan dan alsnog zou kunnen worden besloten tot een classificatie als juridische constructie type 3. Het komt mij evenwel voor dat deze interpretatiewijze afbreuk zou doen aan de te hanteren restrictieve interpretatie van wat een juridische constructie type 3 kan zijn. Op die wijze zou immers elke definitie in het kader van de toepassing van de kaaimantaks eenvoudigweg kunnen worden opgerekt teneinde te komen tot een belastbaar resultaat dat geenszins voorzien is door de wetgever.

Een tweede voorbehoud dient zoals hoger reeds aangereikt te worden gemaakt voor de toepassing van het nieuwe artikel 5, § 2 WIB 1992 (zie *infra* in deel I., G.).

C. Afschaffing van het fiscale begrip derde begunstigde

De notie derde begunstigde die werd ingevoerd bij wet van 10 augustus 2015 wordt door de opheffing van artikel 2, § 1, 14°/1 WIB 1992 weer uit het WIB verwijderd. Als verantwoording daartoe vermeldt de *memorie van toelichting*³³:

“Gelet op het doel om ook uitkeringen van de in artikel 2, § 1, 13°, a) WIB 1992 bedoelde juridische constructies te belasten, is het niet meer nodig om de derde begunstigde van een juridische constructie door middel van de doorkijkbelasting te belasten aangezien de natuurlijke persoon of de rechtspersoon belastbaar in de rechtspersonenbelasting slechts kwalificeert als derde begunstigde op het ogenblik dat deze enig voordeel verkrijgt dat is toegekend door de juridische constructie.”

In samenhang met de verdwijning van het begrip derde begunstigde wordt het bestaande artikel 5/1, § 2 WIB 1992 waarin voor de aanslagjaren 2016 tot en met 2018 de regeling van fiscale transparantie in hoofde van de derde begunstigde was opgenomen, opgeheven (en vervangen door een volledig andere tekst zoals *infra* in deel I., G. zal worden toegelicht). De concrete impact hiervan is dat personen die niet kwalificeren als oprichters uitgesloten worden van de fiscale transparantie. Concreet impliceert dit dat een persoon die een uitkering krijgt uit een trust dan wel uit een stiftung, en die niet als oprichter kwalificeert, ofwel belastbaar zal zijn in hoofde van een ontvangen dividend (zie *infra* voor de aangepaste tekst van artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992) ofwel niet belast zal worden wegens toepassing van artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992. Van dat laatste artikel werd de tekst ook aangepast om ervoor te zorgen dat de persoon die de uitkering krijgt niet dezelfde persoon hoeft te zijn als diegene die de onderliggende belasting eerder heeft betaald (art. 90 van de wet van 25 december 2017). In die zin wordt elk risico op dubbele belasting in dit verband dan ook vermeden. Let wel, ook ten aanzien van uitkeringen ten aanzien van willekeurige derden, die dus niet langer fiscaal classificeren als derde begunstigten, dient de “anterioriteitsregel” van artikel 21, tweede lid WIB 1992 te worden toegepast. Op grond van de anterioriteitsregel worden immers de oudste reserves geacht eerst te zijn uitgekeerd, ook ten aanzien van de willekeurige derde. Omwille van die reden zal ook de willekeurige derde die een uitkering uit een trust of een stiftung verkrijgt de belasting over het ontvangen dividend verschuldigd zijn, ook al heeft de oprichter voor het desbetreffende inkomstenjaar de belasting bij fiscale transparantie reeds voldaan. Bij gebrek aan onbelaste oude reserves zal de derde ontvanger echter géén belasting hoeven te betalen.

Op zich is dit een merkwaardige vaststelling daar dit impliceert dat de belastbaarheid van een uitkering aan een willekeurige derde niet los gezien kan worden van de historiek van de opbouw van het vermogen in de juridische constructie. Deze willekeurige derde staat echter op geen enkele wijze in verband met de juridische constructie en kan dan ook niet geacht worden enige kennis van noch invloed over de samenstelling van het vermogen van de juridische constructie te hebben (zie *infra* deel II., E.). Wat de belastingheffing betreft laat de *memorie van toelichting* echter niet de minste twijfel bestaan³⁴:

32. In alle andere gevallen is de kaaimantaks immers niet van toepassing.

33. *Parl.St.* Kamer 2017-18, 6 november 2017, Doc. 54-2746/001, p. 29.

34. *Parl.St.* Kamer 2017-18, 6 november 2017, Doc. 54-2746/001, p. 30.



“Alle inkomsten die niet via de doorkijkbelasting werden belast en toch door een juridische constructie op één of andere wijze aan de oprichters of aan andere rijksinwoners of aan de rechtspersonenbelasting onderworpen rechtspersonen worden uitgekeerd zullen, met uitzondering van de in de juridische constructie ingebrachte activa als dividend worden aangemerkt en overeenkomstig worden belast.”

Ook hier dient te worden verwezen naar de aanpassingen aan het bestaande artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 (zie *infra* deel I., I.). Er kunnen echter nu reeds vragen worden gesteld over de stelligheid waarmee in de *memorie van toelichting* wordt verwezen naar de doorkijkbelasting als enige mogelijke belasting die tot vrijstelling aanleiding zou kunnen geven. Daarbij gaat deze passage in de *memorie van toelichting* uiteraard voorbij aan de these dat een vrijstelling gelijk staat met een belasting. Dit principe wordt overigens door de Rulingcommissie in een aantal rulings bevestigd. Ook de *memorie van toelichting* bij de wet van 10 augustus 2015 liet wat dat betreft niet de minste twijfel bestaan. Het lijkt dan ook redelijk om te veronderstellen dat voormelde passage in de *memorie van toelichting* aan dat principe geen afbreuk mag doen. Verder dient de vraag te worden opgeworpen of een belasting betaald door een niet-rijksinwoner tevens van aard kan zijn om artikel 21, 12° WIB 1992 in te roepen (zie *infra* deel II., F.). In het kader van de toepassing van de dubbelbelastingverdragen is deze vraag immers verre van theoretisch.

In het kader van de schrapping van de notie derde begunstigde uit het wetboek dient uiteraard ook het artikel dat voorziet in de meldingsplicht te worden aangepast. De nieuwe tekst van artikel 307, § 1/1, c) WIB 1992 luidt voortaan als volgt:

“c) het bestaan van een juridische constructie waarvan de belastingplichtige, zijn echtgenoot of de kinderen waarover hij het ouderlijk gezag uitoefent overeenkomstig artikel 376 van het Burgerlijk Wetboek, hetzij een oprichter van de juridische constructie is, hetzij tijdens het belastbaar tijdperk een dividend of op het even welke wijze enig ander voordeel van een juridische constructie heeft verkregen.”

De analoge bepaling in de rechtspersonenbelasting werd opgenomen in artikel 307, § 1/3 WIB 1992.

Ofschoon de schrapping van het begrip “derde begunstigde” een formele wijziging van de tekst impliceert, wijzigt er inhoudelijk helemaal niets. Of de persoon die de uitkering effectief ontvangt nu wettelijk als derde begunstigde wordt omschreven of als “belastingplichtige”, maakt in essentie niets uit. Taxatie is in beide gevallen dezelfde. Veel relevanter is uiteraard de opheffing van artikel 5/1, § 2 WIB 1992 in hoofde van de gewezen derde begunstigten waardoor zij worden uitgesloten van de toepassing van fiscale transparantie. Op deze wijze wordt uiteraard ernstige afbreuk gedaan aan het fiscaal transparante karakter van juridische constructies. Afhangende van de hoedanigheid van de persoon die de uitkering ontvangt, oprichter of niet, en afhangende van de historiek van de opbouw van het vermogen van een juridische constructie zal er dus sprake zijn van een fiscaal transparante behandeling (volkomen fiscale transparantie),

dan wel van een taxatie bij uitkering mét conversie (onvolkomen fiscale transparantie), dan wel van een “vrijstelling” (art. 21, eerste lid, 12° WIB 1992).

D. Fiscale transparantie alleen nog voor de oprichter, doch niet in het geval van artikel 5/1, § 1 tiende lid WIB 1992

Zoals hoger reeds vermeld wordt de toepassing van de fiscale transparantie voortaan gereserveerd voor diegene die fiscaal kwalificeert als oprichter. De derde begunstigde wordt daarvan voortaan uitgesloten. De aangepaste tekst van het gewijzigde artikel 5/1, § 1, eerste lid WIB 1992 luidt voortaan als volgt:

“De inkomsten die werden verkregen door de juridische constructie zijn belastbaar in hoofde van de rijksinwoner die de oprichter is van de juridische constructie, alsof die rijksinwoner ze rechtstreeks heeft verkregen.”

De impact van de schrapping van de “derde begunstigde” legt de focus op belasting n.a.v. het verkrijgen van een uitkering eerder dan de derde mee te betrekken in het systeem van de doorkijkbelasting (zie ook art. 18, eerste lid, 3° WIB 1992).

Daarbij wijzigt men de kaaimantaks zoals reeds hogervermeld van een volkomen fiscale transparantie naar een onvolkomen fiscale transparantie, en dit op basis van een dubbel criterium:

- een criterium dat refereert naar de hoedanigheid van de genietter van de uitkering, zijnde een oprichter dan wel een ontvangende derde; en
- een criterium dat refereert naar het moment en het belastbare tijdperk waarop de oprichter enige uitkering ontvangt.

Op deze regel van fiscale transparantie in hoofde van de oprichters geldt echter een uitzondering in geval van uitkering in jaar X zoals bepaald door artikel 5/1, § 1, tiende lid WIB 1992.

“Deze paragraaf is niet van toepassing op de door de juridische constructie betaalde of toegekende inkomsten.”

Daarbij is het van belang op te merken dat volgens de letterlijke tekst de volledige paragraaf ter zake de transparante belasting van artikel 5/1, § 1 WIB 1992 (wat het eerste tot en met het negende lid betreft) wordt uitgeschakeld door het tiende lid “ter zake de door de juridische constructie betaalde of toegekende inkomsten”.

Toen de eerste ontwerp teksten van de gewijzigde kaaimantaks begonnen te circuleren hebben we ons het hoofd gebroken over wat dit eventueel zou kunnen betekenen. Het enige referentiepunt dat we toen hadden was de oude tekst 5/1, zevende lid WIB 1992 die luidde als volgt:

“In afwijking van het eerste lid is de oprichter, voor de toepassing van artikel 18, 2°ter, b), belastbaar op de door de juridische constructie betaalde of toegekende inkomsten.”

Daar het artikel 18, 2°ter, b) WIB 1992 evenwel retroactief werd opgeheven bij wet van 26 december 2015 is dat fameuze zevende lid van artikel 5/1, § 1 WIB 1992 nooit tot uit-



werking komen. In de *memorie van toelichting* bij de wet van 25 december 2017 lezen we hierover nu het volgende³⁵:

“Het zevende lid, dat het tiende lid wordt, van artikel 5/1, § 1 WIB 1992 wordt vervangen, teneinde te verduidelijken dat het doorkijkprincipe niet van toepassing is in het geval de juridische constructie inkomsten uitkeert aan één of meerdere oprichters. Deze bepaling heeft dus tot doel te vermijden dat artikel 5/1, § 1 WIB 1992 zou worden ingeroepen om een kwalificatie van deze uitkering als dividend tegen te gaan.”

Ook voor de Raad van State was een en ander niet duidelijk en op vraag van de Raad van State heeft de vertegenwoordiger van de regering bijkomende verduidelijking verschaft³⁶:

“Het is de bedoeling om de doorkijkbelasting toe te passen op de inkomsten die werden verkregen door de juridische constructie. Op de inkomsten die worden uitgekeerd of toegekend door de juridische constructie aan de oprichter of een andere begunstigde hoeft geen doorkijkbenadering te worden toegepast, aangezien dit daadwerkelijk door de belastingplichtigen verkregen opbrengsten betreft. Verkort schema:

- inkomsten die werden verkregen door de juridische constructie: doorkijkbenadering (art. 5/1 WIB 1992);
- inkomsten die worden uitgekeerd door de juridische constructie: kwalificatie als dividend (art. 18) en geen doorkijkbenadering (art. 5/1, § 1, laatste lid WIB 1992);
- inkomsten die werden verkregen door de juridische constructie, waarop de doorkijkbenadering werd toegepast en die vervolgens worden uitgekeerd aan een rijksinwoner: vrijgesteld (art. 21 WIB 1992).”

“Wij zien de verkrijging van inkomsten door een juridische constructie en de uitkering van inkomsten door een juridische constructie als twee afzonderlijke fiscale gebeurtenissen. Het doorkijkprincipe geldt dus voor alle door de juridische constructie verkregen inkomsten. Wij willen met deze bepaling enkel bekomen dat de fiscaal transparante behandeling van de verkregen inkomsten van de juridische constructie niet kan worden gebruikt als argument om de kwalificatie van de uitgekeerde inkomsten [als dividend tegen te gaan]. De juridische constructie is dus transparant wat betreft de verkregen inkomsten en niet transparant wat betreft de uitgekeerde inkomsten. Dit is overigens geen nieuwigheid. Het fiscale regime van de oprichter voor wat betreft de verkregen en uitgekeerde inkomsten van een in artikel 2, § 1, 13°, b)

WIB 1992 bedoelde juridische constructie is op dit vlak sinds de invoering van de kaaimantaks ongewijzigd gebleven.”

Deze passages in de *memorie van toelichting* en het verslag zijn uitermate opmerkelijk, en dat om twee redenen. Ten eerste wordt er nu duidelijk geponeerd dat de kaaimantaks helemaal geen regime van volkomen fiscale transparantie is, maar eerder een regime van onvolkomen fiscale transparantie. De zogenaamde non-conversie van de ontvangen inkomsten is blijkbaar nooit de bedoeling van de regering geweest. Men zegt immers letterlijk dat een juridische constructie in hoofde van de oprichter transparant is wat betreft de verkregen inkomsten, maar niet transparant wat betreft de uitgekeerde inkomsten. Daarbij wordt nu voor alle duidelijkheid in de wet ingeschreven dat indien de uitkering van de door de juridische constructie ontvangen inkomsten gebeurt (in hetzelfde jaar als dat waarin deze inkomsten werden ontvangen) dat in dergelijk geval de fiscale kwalificatie als dividend prevaleert. Dit is mijns inziens een vorm van onvolkomen fiscale transparantie zoals deze anno 1992 door confrater Axel Haelterman in zijn doctoraat werd geponeerd³⁷.

Deze onvolkomen fiscale transparantie geldt echter – ofschoon dat niet met zoveel woorden in de wet staat maar wel noodzakelijk blijkt uit de samenlezing van de diverse wetsartikelen ter zake – uitsluitend indien de uitkering gebeurt in hetzelfde jaar als in het jaar waarin de juridische constructie het onderliggende inkomen heeft ontvangen. Concreet betekent dit de wettelijke bevestiging van de éénjarigheidsregel X – X+1, maar dan alléén in hoofde van de oprichter. Dit kan het best worden geïllustreerd met een voorbeeld.

Stel dat de heer Pieters *illore tempore* een trust heeft opgericht. Gaan we er voor de eenvoud van het voorbeeld even vanuit dat er in deze trust geen oude reserves zijn³⁸, en er zich alleen ingebracht vermogen in bevindt alsmede reeds belaste kaaimantaksreserves³⁹. Anno 2018 ontvangt de trust een belastingvrije meerwaarde *cf.* artikel 90, 1° WIB 1992. Voor de toepassing van artikel 90, 1° WIB 1992 ter zake een belastingvrije meerwaarde gerealiseerd door trusts kan worden verwezen naar de *memorie van toelichting* bij de wet van 10 augustus 2015 alsmede naar diverse rulings⁴⁰.

Bij toepassing van de fiscale transparantie zal er uiteraard geen belasting ontstaan in hoofde van de heer Piet Pieters daar hij op fiscaal transparante wijze geniet van een belastingvrijstelling wegens meerwaarden op aandelen gerealiseerd in het kader van een normaal beheer van een privévermogen. Evenwel besluit de trustee om aan de heer Piet Pieters deze belastingvrije meerwaarde, of een deel ervan, uit te

35. *Parl.St.* Kamer 2017-18, 6 november 2017, Doc. 54-2746/001, p. 36.

36. *Parl.St.* Kamer 2017-18, 6 november 2017, Doc. 54-2746/001, p. 182.

37. A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie, theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblo, 1992, p. 51 waar de auteur schrijft: “onvolkomen transparantie is dus transparantie met eventueel inkomensconversie aangezien de oorspronkelijke aard van het inkomen ten gevolge van de tussenschakeling van het tussenniveau verloren gaat”, alsmede “de aanwezigheid van het tussenniveau heeft echter wel een voorvormeneffect en beïnvloedt de wijze van betaalbaarstelling bij uiteindelijke geniet”. In zijn voetnoot 36 verwijst de auteur naar de wat prozaïsche vergelijking met de gekleurde bril door dewelke een verkleurde realiteit waargenomen wordt.

38. Voor een voorbeeld waar er wél oude reserves zijn wordt verwezen naar deel II., A.

39. “Kaaimantaksreserves” zijn reserves opgebouwd uit niet eerder uitgekeerde inkomsten waarvan de onderliggende belasting in het kader van de kaaimantaks sedert 1 januari 2015 reeds door de oprichter werd betaald.

40. Zie o.a. het voorbeeld in de *memorie* op p. 46 tot 48 waaruit duidelijk blijkt dat de vrijstelling bij meerwaarden op aandelen gerealiseerd in het kader van het beheer als een goed huisvader, overeind blijft; *Parl.St.* Kamer 2014-15, 1 juni 2015, Doc. 54-1125/001, p. 46 tot 48.



keren bij wijze van “distribution”. Fiscaal gezien heeft het artikel 5/1, § 1, tiende lid WIB 1992 echter tot gevolg dat deze uitkering in hoofde van de heer Piet Pieters als een dividend wordt beschouwd en derhalve zal onderworpen zijn aan een taxatie van 30%. De fiscale transparantie die in de regel “volkomen” is, verwordt met andere woorden tot een vorm van onvolkomen fiscale transparantie, met conversie naar dividend. Indien de trustee echter hetzelfde bedrag uitkeert anno 2019 of later, dan zal de desbetreffende uitkering op grond van artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992 niet meer kwalificeren als een dividend daar de genoten vrijstelling op grond van artikel 90 WIB 1992 doorwerkt ter zake de onderliggende belastbaarheid. In voorkomend geval zal de heer Piet Pieters als oprichter er dus belang bij hebben dat de trustee zijn uitkeringsbeleid op deze regel afstemt⁴¹.

Naar verluidt werd deze regel geïmplementeerd in reactie op een voorafgaande beslissing nr. 2016.623 ingevolge dewelke een groep aandeelhouders boven een Bermuda Ltd. bij de liquidatie van deze laatste de volledige door deze vennootschap gerealiseerde meerwaarden op een onderliggende vennootschap belastingvrij konden optrekken. De nieuwe bepaling van artikel 5/1, § 1, tiende lid WIB 1992 maakt zulks onmogelijk, tenminste indien de desbetreffende uitkering gebeurt in hetzelfde jaar als dat waarin de onderliggende meerwaarden werd gerealiseerd.

In haar bijdrage in het *Liber Amicorum Rik Deblauwe* haalt Anouck Biesmans een interessant voorbeeld aan in deze. In haar voorbeeld betreft het een inwoner van het Verenigd Koninkrijk, Jack, die een trust heeft opgericht waarin onroerende goederen worden gehouden gelegen in het Verenigd Koninkrijk. De trust ontvangt commerciële huurinkomsten die “meteen” (dus we veronderstellen nog in het zelfde boekjaar) worden uitgekeerd aan de zoon van Jack. Daarbij stelt Biesmans zich de vraag of deze uitgekeerde onroerende inkomsten over Engels onroerend goed voortaan belastbaar zullen zijn als dividend. Zoals Biesmans terecht opmerkt was zulks onder het oude artikel 5/1, § 2 WIB 1992 immers niet het geval wegens de doorwerking van het toepasselijke dubbelbelastingverdrag ten gunste van de derde begunstigde. Het is dus inderdaad de vraag of onder de gewijzigde regels de desbetreffende uitkering nog steeds van effectieve belastingheffing kan worden gevrijwaard⁴². Dat lijkt eerder twijfelachtig. De vraag anders gesteld is echter of artikel 6 *jo.* artikel 23 OECD-Model de dubbele belasting die wordt veroorzaakt door artikel 5/1, § 1, tiende lid WIB 1992 kan opzijzetten. Naar mijn mening is dat wel degelijk het geval, om de eenvoudige reden dat een nationale wet eenzijdig géén wijziging van een verdragsvrijstelling tot gevolg kan hebben. Laat ons daarbij immers niet uit het oog verliezen dat de uitkering door een

trust volgens artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 louter een “fictief” en geen “écht” dividend is. Hierover is alleszins het laatste woord nog niet gezegd.

Hierna in deel II., B. gaan we dieper in op de taxatietechniek die wordt gecreëerd door de toepassing van het artikel 5/1, § 1, tiende lid WIB 1992 en werken we een concreet voorbeeld uit waarbij de uitwerking van het artikel in een ketenconstructie wordt getoetst aan de tekst van de wet, en waarbij tevens de anterioriteitsregel wordt meegenomen.

E. Dubbelstructuren anno 2015-2017 blijven onbelast

Over de taxatie van de zogenaamde dubbelstructuren is heel wat te doen geweest en de problematiek is zowel in de pers, in de parlementaire werkzaamheden, als in de rechtsleer al vrij uitvoerig aan bod gekomen. Ook de Rulingcommissie heeft in verschillende voorafgaande beslissingen standpunten ingenomen ter zake dossiers waarbij dubbelstructuren aan bod kwamen⁴³. Ter zake kunnen *grosso modo* twee verschillende interpretaties worden onderscheiden.

Volgens een eerste legalistische restrictieve interpretatie van de regelgeving van de kaaimantaks 1.0 kon samengevat gesteld worden dat bij dubbelstructuren de inkomsten van de onderliggende juridische constructie, die in de praktijk steeds een vennootschap is, slechts in een zeer beperkt aantal gevallen belastbaar waren. Echter ook in die interpretatie is het in sommige gevallen zo dat de inkomsten van de onderliggende vennootschap in de fiscaal transparante belastingheffing kunnen worden betrokken. Een volledige uitsluiting onder toepassing van de kaaimantaks van dubbelstructuren laat zelfs deze legalistische interpretatie niet toe⁴⁴. In die zin en in die mate is de aanpassing binnen de kaaimantaks 2.0 van de regels ter zake dubbelstructuren met een definitie van “ketenconstructie’s” dan ook volstrekt onnodig gebleken.

Volgens een tweede veel ruimere interpretatie die haar inspiratie vindt in de teleologische interpretatie dient men te kijken naar doel en strekking van de wetgever. Het is deze interpretatie die de Rulingcommissie heeft gehanteerd in verschillende voorafgaande beslissingen. Daarbij komt de Rulingcommissie tot de conclusie dat dubbelstructuren dienen te worden beschouwd als een juridische constructie type 1.

– Ruling nr. 2016.563, randnr. 32: “X Trust bevindt zich ten aanzien van Y Ltd. namelijk in een rechtsverhouding zoals bedoeld in artikel 2, § 1, 13, a) WIB 1992. De structuur verenigt de constitutieve elementen van artikel 2, § 1, 13°, a) WIB 1992.”

De Rulingcommissie specificeert echter dat daarbij de

41. Deze interpretatie werd bevestigd als zijnde correct door de heer Luc Saliën, collegelid Rulingcommissie, tijdens een seminarie gegeven op 20 februari 2018 aan de Universiteit Hasselt; zie slide p. 7.

42. A. BIESMANS, “Trusts, *quo vadis*” in B. PEETERS (ed.), *Liber Amicorum Rik Deblauwe*, Herentals, Knops Publishing, 2018, p. 53.

43. G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks en de (niet-)toepassing ervan bij ‘dubbelstructuren’”, *TFR* 2016, afl. 504, 572-580; F. DEBELVA, A.M. VANDEKERKHOVE en G. VERACHTERT, “Ontsnappen dubbelstructuren steeds aan kaaimantaks?”, *Fisc.Act.* 2016, afl. 27, 1-6; F. DEBELVA en A.M. VANDEKERKHOVE, “Antimismisbruikbepalingen en dubbelstructuren: enkele bedenkingen”, *Fisc.Act.* 2016, afl. 30, 3-7; G.D. GOYVAERTS, “Rulings kaaimantaks herijken notie ‘oprichter’”, *Fisc.Act.* 2017, afl. 13, 3-10.

44. Dit standpunt hebben we zelf verdedigd in onze bijdrage in *TFR*; G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks en de (niet)toepassing ervan bij ‘dubbelstructuren’”, *TFR* 2016, afl. 504, 572-580.



onderliggende kwalificatie van het inkomen van de juridische constructie type 2 bewaard blijft, wat op zich een *contradictio in terminis* impliceerde met de regelgeving van de juridische constructie type 1.

- Ruling nr. 2016.563, randnr. 32: “*Er wordt echter de aandacht op gevestigd dat Y Ltd. nog steeds een juridische constructie type 2 is met alle hieraan verbonden fiscale gevolgen van een juridische constructie type 2.*”

Tevens kan worden verwezen naar de voorafgaande beslissingen nr. 2016.564, nr. 2016. 576, nr. 2016. 602, nr. 2016.610 en nr. 2016.711.

Om deze conclusie verder te schragen maakt de Rulingcommissie in haar redenering dus een combinatie van verschillende elementen uit de wetgeving. Zo hanteert zij een verruimde interpretatie van het begrip oprichter die eerder gebaseerd lijkt te zijn op de tekst van de memorie van toelichting dan op de tekst van de wet zelf⁴⁵. Daarbij heeft de Rulingcommissie inzake dossiers waar twee juridische constructies type 2 betrokken waren tevens inspiratie gevonden in de toepassing van artikel 344/1 WIB 1992 en hieraan een zeer brede draagwijdte gegeven.

Het standpunt van de Rulingcommissie kan mijns inziens dan ook sterk bekritiseerd worden. Zo past de Rulingcommissie het oude artikel 344/1, eerste lid WIB 1992 toe op transacties die plaatsgevonden hebben en dubbelstructuren die tot stand gekomen zijn, lang voor de kaaimantaks in werking is getreden, daarbij de stelling innemende dat het oude artikel 344/1 WIB 1992 sowieso van toepassing zou zijn op inkomsten vanaf 1 januari 2015. Die stelling is naar mijn mening uitermate betwistbaar. Bovendien kunnen bij dat artikel sowieso grondwettelijke vraagtekens worden geplaatst daar de tekst van het oude artikel 344/1 WIB 1992 niet voorziet in een intentievereiste in hoofde van de belastingplichtige, noch voorziet in een mogelijkheid van tegenbewijs. De vaststelling dat de wet van 25 december 2017 bij artikel 97 de oude tekst van artikel 344/1 WIB 1992 integraal opheft ondersteunt deze kritiek.

Eerder hadden we al gesuggereerd dat de voorafgaande beslissingen genomen door de Rulingcommissie wat het aspect dubbelstructuren betreft, *contra legem* waren⁴⁶. De wet van 25 december 2017 die nu voorziet in een wettelijke omschrijving van dubbelstructuren op een volledig andere wijze dan in de invulling door de Rulingcommissie, lijkt dit standpunt te bevestigen. Bovendien werd de tekst van artikel 344/1 WIB 1992 fundamenteel gewijzigd en werd er een intentievereiste aan toegevoegd (zie *infra* deel I, J.). Dit staat overigens met zoveel woorden in het verslag van de parlementaire bespreking waar gezegd wordt dat “*een wettelijke regeling wordt uitgewerkt teneinde de toepassing van de doorkijkbelasting te verzekeren bij opeenstapeling van juridische con-*

structies”⁴⁷. Voor de inkomsten ontvangen in de periode vanaf 1 januari 2015 tot en met 16 september 2017 mogen we er dus genoegzaam van uitgaan dat “dubbelstructuren” slechts belastbaar zijn volgens de restrictieve legalistische interpretatie, waarbij in voorkomend geval eventueel artikel 344, § 1 WIB 1992 (en dus niet meer art. 344/1 WIB 1992) zou kunnen worden ingeroepen⁴⁸. Het kan dan ook mogelijk passend voorkomen om voor aanslagjaar 2017 bezwaar in te dienen in zoverre men zich door voormelde ruingpraktijk zou hebben laten verleiden om niet uitgekeerde inkomsten uit een dubbelstructuur aan te geven. Voor aanslagjaar 2016 kan mogelijk onderzocht worden of een verzoek tot ontheffing van ambtswege passend voorkomt.

F. Dubbelstructuren anno 2018 gedefinieerd en de taxatie ervan hervormd

De wet van 25 december 2017 voorziet in zijn artikel 86 in een wettelijke omschrijving van dubbelstructuren door de introductie van een reeks nieuwe bepalingen in artikel 2, § 1 WIB 1992.

Artikel 2, § 1, 13°/2 WIB 1992: “*Dochterconstructie. Onder een dochterconstructie wordt een juridische constructie verstaan waarvan de aandelen of economische rechten geheel of gedeeltelijk worden aangehouden door een andere juridische constructie;*”

Artikel 2, § 1, 13°/3 WIB 1992: “*Moederconstructie. Onder een moederconstructie wordt een juridische constructie verstaan die de aandelen of economische rechten geheel of gedeeltelijk aanhoudt van een andere juridische constructie;*”

Artikel 2, § 1, 13°/4 WIB 1992: “*Ketenconstructie. Onder een ketenconstructie wordt een geheel van juridische constructies verstaan dat wordt gevormd door een juridische constructie en al haar dochterconstructies.*

Indien de ketenconstructie een dochterconstructie bevat die eveneens ook een moederconstructie is, maken de dochterconstructies van deze moederconstructie ook deel uit van dezelfde keten van juridische constructies.

De toepassing van het tweede lid wordt herhaald net zolang alle dochterconstructies van de moederconstructies die deel uitmaken van de ketenconstructie in deze ketenconstructie zijn opgenomen;”

Artikel 5/1, § 1, tweede lid WIB 1992: “*Indien de juridische constructie een moederconstructie is:*

- *maken, voor de toepassing van deze paragraaf, de inkomsten die werden verkregen door een dochterconstructie van deze moederconstructie, deel uit van de inkomsten die werden verkregen door deze moederconstructie, in verhouding tot het deelnemingspercentage*

45. Dit standpunt vinden we min of meer terug bij twee auteurs; F. DEBELVA en A.M. VANDEKERKHOVE, “Antimisbruikbepalingen en dubbelstructuren: enkele bedenkingen”, *Fisc.Act.* 2016, afl. 30, 3-7; voor een kritiek op de diverse rullingbeslissingen ter zake kan worden verwezen naar G.D. GOYVAERTS, “Rulings kaaimantaks herijken notie ‘oprichter’”, *Fisc.Act.* 2017, afl. 13, 3-10.

46. G.D. GOYVAERTS, “Rulings kaaimantaks herijken notie ‘oprichter’”, *Fisc.Act.* 2017, afl. 13, 3-10.

47. *Parl.St.* Kamer 2017-18, 13 december 2017, Doc. 54-2746/016, p. 5.

48. M. DELANOTE en D.E. PHILIPPE, “Les doubles structures et l’article 344, § 1 CIR: quels sont les actes posés par le contribuable susceptibles d’abus?”, *RGCF* 2017/5-6, p. 42-50; tevens gepubliceerd in *TFR* 2018, nr. 535, p. 121-139.



van de voormelde aandelen of de economische rechten van deze moederconstructie in deze dochterconstructie, alsof deze moederconstructie deze inkomsten rechtstreeks heeft verkregen;

- zijn de inkomsten die werden uitgekeerd door de dochterconstructie aan de moederconstructie niet belastbaar in hoofde van de oprichter, in de mate en op voorwaarde dat de belastingplichtige heeft aangetoond dat deze inkomsten zijn samengesteld uit inkomsten die in hoofde van een natuurlijke persoon of een in artikel 220 bedoelde rechtspersoon in België hun belastingregime hebben ondergaan.”

Artikel 5/1, § 1, derde lid WIB 1992: “Voor de toepassing van het tweede lid, tweede streepje, worden de oudst verkregen inkomsten geacht eerst te zijn uitgekeerd.”

Artikel 5/1, § 1, vierde lid WIB 1992: “Indien meer dan twee juridische constructies een onderdeel zijn van een ketenconstructie is het tweede en het derde lid van toepassing op elke moederconstructie die deel uitmaakt van deze ketenconstructie.”

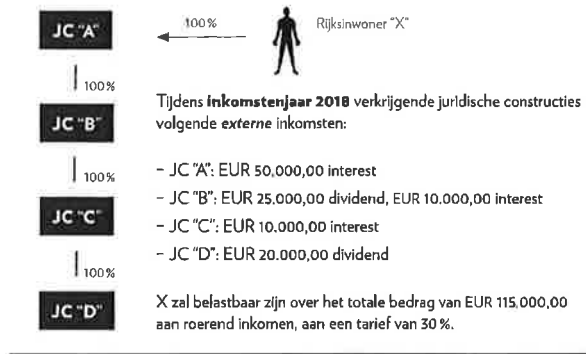
Artikel 5/1, § 1, vijfde lid WIB 1992: “De toepassing van de bepalingen in het tweede lid kan er niet toe leiden dat inkomsten die werden verkregen door een juridische constructie meerdere keren in hoofde van de oprichter van de juridische constructie worden belast.”

Volgens de memorie van toelichting wordt in dit verband “een heel nieuwe bepaling geïntroduceerd die tot doel heeft om de zogenaamde dubbelstructuren ook onder de toepassing van dit aanslagstelsel te brengen”. De memorie gaat verder met de these dat “deze nieuwe bepaling dan ook tot doel heeft om het mogelijk te maken dat opeengestapelde juridische constructies op geconsolideerde wijze kunnen worden aangepakt,” waarmee uiteraard nogmaals wordt beklemtoond dat dit onder de regels van de kaaimantaks 1.0 niet het geval was⁴⁹. In de memorie wordt tevens een zeer uitgebreid voorbeeld gegeven waarbij de principes van ketenconstructies vrij duidelijk worden toegelicht. Uiteraard is dit voorbeeld redelijk eenvoudig opgebouwd en houdt het geen rekening met de inherente complexiteit die de toepassing van deze regels in een bestaande structuur met zich zou brengen⁵⁰.

Hierna een tweetal eenvoudige voorbeelden om het concept van de taxatie van de ketenconstructies toe te lichten.

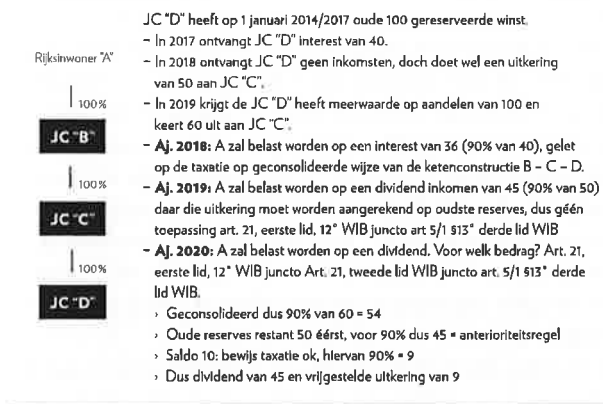
FISCALE TRANSPARANTIE

Voorbeeld taxatie 'dubbelstructuren' of 'ketenconstructies'



FISCALE TRANSPARANTIE

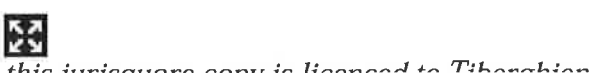
Voorbeeld MvT taxatie 'dubbelstructuren' of 'ketenconstructies'



In de praktijk zal het vooral van belang zijn dat deze nieuwe fiscale regeling van doorkijkbelasting in het kader van ketenconstructies een ernstige inbreuk impliceert op het realiteitsprincipe wat de boekhoudkundige aanrekening van uitgekeerde dividenden betreft bij de desbetreffende buitenlandse entiteiten, en dit zowel bij de dochter- als bij de moederconstructie. Men kan immers van de raad van bestuur van een buitenlandse vennootschap niet verwachten dat zij rekening houdt met de bijzonderheden van Belgische fiscale bepalingen in de mate dat deze manifest afwijken van de boekhoudkundige aanrekeningsregels. Met name vrij hinderlijk daarin is de toepassing van de anterioriteitsregel op grond waarvan enige dividenduitkering bij voorrang fiscaal dient te worden aangerekend op de oudste reserves zoals bepaald in het nieuwe artikel 5/1, § 1, derde lid WIB 1992 (zie *infra* deel I, I. en deel I. J.).

Bovendien zal het voortaan noodzakelijk zijn om naast een boekhoudkundige balans van elke vennootschap én een fiscale balans voor doeleinden van het lokaal toepasselijk fiscaal recht, tevens een geconsolideerde kaaimantaksbalans van de volledige groep bij de hand te houden om precies te kunnen bepalen welke dividenduitkeringen reeds werden aangerekend op bestaande reserves en welke inkomsten

49. Parl.St. Kamer 2017-18, 6 november 2017, Doc. 54-2746/001, p. 34.
50. Parl.St. Kamer 2017-18, 6 november 2017, Doc. 54-2746/001, p. 34-36.



transparant dienen te worden belast. In ieder geval is het niet de bedoeling van deze nieuwe regeling om te komen tot een dubbele belasting wat ook met zoveel woorden wordt gespecificeerd in het nieuwe artikel 5/1, § 1, zesde lid WIB 1992.

Het is alleszins belangrijk om vast te stellen dat in de definitie van ketenconstructie elke individuele entiteit die daarin betrokken is op zichzelf beschouwd dient te kwalificeren als een juridische constructie type 1 of type 2. Ofschoon in theorie de definitie van ketenconstructie niet uitsluit dat ook een juridische constructie van het type 3 zou betrokken zijn lijkt mij dit in de praktijk echter eerder onwaarschijnlijk. Een vennootschap of stichting die aan een normaal belastingregime is onderworpen en die dus op zichzelf beschouwd niet kwalificeert als een juridische constructie type 1 noch type 2 kan dus geen deel uitmaken van een ketenconstructie. In de praktijk betekent dat dat die entiteit én alle entiteiten die zich daaronder bevinden buiten de geconsolideerde taxatie zullen vallen. Tenminste dat lijkt zo te zijn op het eerste gezicht.

Daarbij kunnen twee opmerkingen worden gemaakt. Ten eerste is er een hele discussie aan voorafgegaan, die overigens nog steeds woedt, of de fiscale wetgever in deze niet al te mild is geweest, en ten tweede is het nog maar de vraag of het in werkelijkheid ook effectief zo is dat daarmee de ketenconstructie wordt onderbroken. Wat de gevoerde discussie betreft kan worden verwezen naar het parlementaire verslag⁵¹. Daarbij zijn echter vooral de antwoorden die de minister geeft ter zake interessant. Zo specificeert de minister in het verslag⁵²:

“De regeling die erop gericht is om dubbelstructuren aan te pakken, in het voorliggend wetsontwerp wordt er verwezen naar ketenconstructies, viseert elk geval waarin een juridische constructie boven of onder een andere juridische constructie wordt geplaatst. De regeling is bovendien zo uitgewerkt dat deze doorwerkt ongeacht de lengte van de keten. Er wordt niet geopteerd voor het doortrekken van de doorkijkbelasting naar situaties waarin een belastingplichtige indirect oprichter is van een juridische constructie en dit om te vermijden dat een aandeel in een normale vennootschap, bijvoorbeeld een gewone handelsvennootschap, ertoe zou kunnen leiden dat men oprichter zou worden van een eventuele juridische constructie die eventueel indirect door deze vennootschap zou worden aangehouden. De inkomsten uit een normale vennootschap waarin de belastingplichtige een aan-

deel heeft worden bovendien belast bij uitkering aan de belastingplichtige en de betrokken vennootschap zal ook onderworpen zijn aan een normaal belastingregime op haar inkomsten.

In verband met tussengeschoven vennootschappen en dan meer specifiek voor wat betreft bijvoorbeeld een Luxemburgse SOPARFI, werd evenwel de specifieke antimisbruikbepaling in het kader van de doorkijkbelasting herschreven, zodat in elk geval het tussenschuiven van dergelijke entiteit kan worden tegengegaan indien deze erop gericht is om aan de bepalingen van de doorkijkbelasting te ontsnappen en dit onder analoge voorwaarden, zoals deze die gelden in het kader van de algemene antimisbruikbepaling in de inkomstenbelasting.

In de huidige wetgeving bestaat inderdaad reeds een ruim arsenaal aan maatregelen om dubbelstructuren te viseren. In het kader van het onderzoek naar de versterking van de doorkijkbelasting, waar dit wetsontwerp uiteraard de neerslag van is, werd niettemin na uitvoerige analyse besloten dat het inderdaad tot aanbeveling strekt om voor de toekomst een specifieke bepaling in de wet op te nemen die een opeenstapeling van juridische constructies in alle geval op een eenduidige wijze kan viseren. Andere gevallen vallen in het algemeen onder de wet door de bestaande bepalingen. De notie van oprichter is dus zo bijvoorbeeld heel breed geformuleerd om uiteenlopende gebieden te behelzen, met name de gevallen waar de constructie opgericht is door een stroman.”

Uit deze toelichting door de minister kunnen we alleszins afleiden dat het nooit de bedoeling is geweest om een normaal belaste vennootschap rechtstreeks of onrechtstreeks te betrekken in een ketenconstructie. Ook is de minister zeer duidelijk in zijn afwijzing van de notie onrechtstreeks houderschap als criterium om de kaaimantaks van toepassing te laten zijn. In het kader van het respect voor de toepasselijke dubbelbelastingverdragen en de fiscale soevereiniteit van derde landen is dat uiteraard essentieel. Anderzijds laat de minister wel een opening voor de algemene antimisbruikbepaling van artikel 344, § 1 WIB 1992 die via het nieuwe artikel 344/1 WIB 1992 tevens van toepassing zal zijn op rechtshandelingen gesteld door juridische constructies. Ook het nieuwe artikel 5/1, § 2 WIB 1992 ter zake inbreng en/of overdracht van de economische rechten, aandelen of activa kan in dit geval door de fiscus desnoods worden ingeroepen⁵³.

51. *Parl.St.* Kamer 2017-18, 13 december 2017, Doc. 54-2746/016, p. 21 et seq.

52. *Parl.St.* Kamer 2017-18, 13 december 2017, Doc. 54-2746/016, p. 27-28.

53. Zie in dat verband het ietwat bizarre voorbeeld dat in de MvT wordt gegeven over de toepassing van art. 344/1 WIB nieuw en dat zo uit een eventuele toepassing van art. 5/1, § 2 WIB nieuw lijkt gerukt: “Veronderstel bijvoorbeeld rijksinwoner X en een structuur van opengestapelde juridische constructies, A, B en C, waarbij de rechten van juridische constructie C worden aangehouden door juridische constructie B, de rechten van juridische constructie B worden aangehouden door juridische constructie A en de rechten van juridische constructie A worden aangehouden door rijksinwoner X. Rijksinwoner X wenst ten gevolge van de invoering van de doorkijkbelasting te vermijden dat de inkomsten uit het afgezonderde vermogen dat is opgenomen in juridische constructie A in zijn hoofd wordt belast. Om de toepassing van de kaaimantaks te vermijden heeft X als oplossing bedacht om de rechten op juridische constructie C over te dragen aan intra Europese vennootschap Q die geen juridische constructie is in de zin van artikel 2, WIB 92. Indien hij deze verrichting zou opzetten loopt rijksinwoner X het risico dat hij in de hoedanigheid als belastingplichtige een verrichting uitvoert waarbij hij, in strijd met de doelstellingen van artikel 5/1, WIB 92, het afgezonderde vermogen buiten het toepassingsgebied van die bepaling plaatst waardoor hij zich in het toepassingsgebied van artikel 344, § 1, WIB 92 begeeft. Om de toepassing van deze antimisbruikbepaling te vermijden zou X ook kunnen overwegen om juridische constructie C, de rechten van juridische constructie B te laten overdragen aan een intra-Europese vennootschap Q in ruil voor de rechten op Q. Dit heeft als voordeel dat het misbruik niet door de belastingplichtige tot stand wordt gebracht maar wel door de juridische constructie, waardoor de toepassing van artikel 344, § 1, WIB 92 zou kunnen worden ontweken. Het in dit ontwerp voorgestelde artikel 344/1, WIB 92, vermijdt dus dat de toepassing van de algemene antimisbruikbepaling wordt ontweken door ook de handelingen van een juridische constructie aan de toets van de antimisbruikbepaling te onderwerpen”, *Parl.St.* Kamer 2017-18, 6 november 2017, Doc. 54-2746/001, p. 42.



Meer in het algemeen heeft de minister uiteraard overschot van gelijk als hij zegt dat deze toenemende complexiteit belastingplichtigen die over dergelijke structuren beschikken initieel zal aanmoedigen om deze te vereffen⁵⁴:

“Deze verdere verruiming van het toepassingsgebied en het dichteren van verschillende ontsnappingsmogelijkheden zorgt er in eerste instantie voor dat het gebruik van constructies verder wordt ontmoedigd. En dat element wordt vaak onderschat in de discussie en evaluaties van de doorkijkbelasting. Door het instellen van de doorkijkbelasting zal de belasting in België met of zonder constructie hetzelfde zijn. Dit zet uiteraard belastingplichtigen ertoe aan hun fiscale constructies te ontbinden, één van de oorspronkelijke doelstellingen, en rechtstreeks vanuit België te beleggen met de toepassing van de normale belastingregels en belastingheffing in België.”

Of die belastingplichtigen dat dan ook effectief gaan doen zal uiteraard afhangen van velerlei factoren. In het kader van een ketenconstructie die *de facto* door één persoon of door één familie wordt gecontroleerd, kan ik mij voorstellen dat de vraag naar een vereffening zeker zal gesteld worden. Evenwel geconfronteerd met de kostprijs van een vereffening waarbij een belasting van 30% verschuldigd zou zijn over de opgebouwde reserves die ontstaan zijn in het verleden, lang voor de inwerkingtreding van de kaaimantaks, zou de conclusie wel eens kunnen zijn dat een vereffening nu net die transactie is die men niet behoort te doen. Het is immers de nadrukkelijke bedoeling van de minister om opgepotte reserves uit een ver verleden te gaan belasten bij uitkering (waar ook in de keten), dit blijkt nadrukkelijk uit het verslag:

“De opbrengst van de doorkijkbelasting, zit dus niet alleen in de toepassing van de taks op deze constructies, die trouwens verdeeld wordt over verschillende inkomstencategorieën, maar eveneens en misschien wel vooral in de stopzetting van deze constructies en het normale behoud van de betrokken investeringen in België met de desbetreffende taken. Hierdoor is de opbrengst van de doorkijktaks en van haar aanpassingen niet altijd gemakkelijk af te leiden in verhouding tot de totale opbrengst van de fiscale inkomsten. Ten slotte, de uitkeringen van de constructies van het type I, zoals de trusts, zullen voortaan evenzeer belastbaar zijn. De historisch vergaarde inkomsten in deze constructies zullen voortaan kunnen belast worden in het geval van een uitkering. Dit zal een belangrijke budgettaire impact hebben rekening houdend met de omvangrijke kapitaal-eigendommen die, in de loop van de jaren, in dergelijke constructies werden opgebouwd”⁵⁵.

Het is nog maar de vraag of het zo'n vaart zal lopen. Vooreerst kunnen ernstige vragen worden gesteld of historisch opgebouwde winstreserves in een fiscaal onbelaste entiteit zoals een trust überhaupt belastbaar zijn bij uitkering. Men

kan immers perfect de redenering opbouwen dat deze inkomsten reeds hun finaal belastingregime hebben ondergaan. In die zin zouden deze historische reserves in een trust, en ook in een stiftung, kwalificeren als belaste reserves voor toepassing van artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992. Daarover is met zekerheid het laatste woord nog niet gezegd (zie *infra* deel II., G.).

Verder verliest de minister in zijn enthousiasme uit het oog dat vele van die structuren zijn opgebouwd door niet-rijksinwoners en dat vanuit een perspectief van familiale vermogensplanning dat niets met de Belgische fiscale rechtssfeer te maken heeft. Dergelijke families zijn uiteraard niet meteen onder de indruk van een zeer complexe en vermoeiend ogende fiscaliteit van een klein onooglijk land zoals België. Deze families zijn zeer mobiel en voor zover zij al in aanraking komen met Belgisch fiscaliteit hoegenaamd niet aan ons territorium gebonden. Het lijkt dan ook eerder onwaarschijnlijk dat deze families die structuren gaan vereffen maar veeleer zullen vermijden dat er uitkeringen worden gedaan die aan de Belgische belastingheffing zouden worden onderworpen. Dit zou er in voorkomend geval kunnen toe leiden dat het uitkeringsbeleid van bepaalde juridische constructies wordt herzien. Bovendien kan dit tot gevolg hebben dat een aantal begunstigden van juridische constructies uit België zullen emigreren. In die zin zal de kaaimantaks 2.0 er eerder toe bijdragen dat er minder belastingen worden ontvangen door de schatkist dan meer.

Anderzijds dient er ook nogmaals op te worden gewezen dat in een aantal gevallen reeds onder de regelgeving van de kaaimantaks 1.0 dubbelstructuren konden worden belast⁵⁶. Daar zijn zelfs een aantal gevallen bij die niet onder het nieuwe begrip van ketenconstructie kunnen worden gevat. Ook maken sommige auteurs ter zake voorbehoud voor de toepassing van artikel 344, § 1 WIB 1992⁵⁷. Ook dit duidt er nogmaals op dat de invoering van de notie ketenconstructie in sommige gevallen haar doel voorbij schiet.

Wat de toepassing in de praktijk betreft naar de temporele werking van de gewijzigde bepalingen dient erop te worden gewezen dat de bepalingen ter zake de belastbaarheid van inkomsten die worden ontvangen door ketenconstructies in werking zijn getreden per 1 januari 2018 en zodus voor inkomsten vanaf 1 januari 2018 (art. 100 van de wet van 25 december 2017). De desbetreffende bepalingen ressorteren dus niet onder de vervroegde inwerkingtreding voor inkomsten vanaf 17 september 2017. Voor aanslagjaar 2018 kan de nieuwe regeling inzake de ketenconstructies dus nog niet worden toegepast.

Reden te meer voor de desbetreffende belastingplichtigen om zeer kritisch de aangifte in de personenbelasting over aanslagjaar 2018 op te stellen waarbij de inkomsten van de onderliggende vennootschappen, tenzij in de zoals hogerver-

54. *Parl.St.* Kamer 2017-18, 13 december 2017, Doc. 54-2746/016, p. 21.

55. *Parl.St.* Kamer 2017-18, 13 december 2017, Doc. 54-2746/016, p. 26.

56. Voor die gevallen kan worden verwezen naar onze bijdrage in *TFR*; G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks en de (niet)toepassing ervan bij ‘dubbelstructuren’”, *TFR* 2016, nr. 504, 572-580.

57. M. DELANOTE en D.E. PHILIPPE, “Les doubles structures et l'article 344, § 1 CIR: quels sont les actes posés par le contribuable susceptibles d'abus?”, *RGCF* 2017/5-6, p. 42-50, tevens gepubliceerd in *TFR* 2018, nr. 535, p. 121-139.



melde eerder zeer uitzonderlijke gevallen, niet in de transparante belastingheffing kunnen worden betrokken, en dus ook niet aangifteplichtig zijn.

G. Fictieve uitkeringsmomenten in geval van inbreng of overdracht

De gewijzigde kaaimantaks 2.0 voorziet in twee fictieve uitkeringsmomenten in het kader van juridische constructies type 1 en/of type 2. Daartoe wordt de tekst van artikel 5/1, § 2 WIB 1992 integraal vervangen, en die luidt voortaan als volgt:

Artikel 5/1, § 2, eerste lid WIB 1992: *“In het geval van een inbreng van de economische rechten, de aandelen of de activa van een in artikel 2, § 1, 13°, a) of b), bedoelde juridische constructie of in het geval de activa van een in artikel 2, § 1, 13°, a) of b), bedoelde juridische constructie worden overgebracht naar een andere dan in het tweede lid bedoelde staat, worden op het ogenblik dat de inbreng of overdracht is voltooid, de niet uitgekeerde inkomsten van deze juridische constructie geacht te zijn toegekend of betaalbaar gesteld aan de rijksinwoner die de oprichter is van deze juridische constructie.”*

Artikel 5/1, § 2, tweede lid WIB 1992: *“Deze paragraaf is niet van toepassing op overdrachten naar een Staat waarmee België een overeenkomst tot voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten, of een akkoord heeft gesloten inzake de uitwisseling van inlichtingen met betrekking tot belastingaangelegenheden, of die samen met België deelneemt aan een ander bilateraal of multilateraal gesloten juridisch instrument, op voorwaarde dat deze overeenkomst, dit akkoord of dit juridisch instrument de uitwisseling van inlichtingen met betrekking tot belastingaangelegenheden tussen de akkoord sluitende staten mogelijk maakt.”*

Bij lezing van deze tekst is het zeer belangrijk om twee verschillende situaties nadrukkelijk van elkaar te onderscheiden, enerzijds overdracht anderzijds inbreng. Doel en strekking van deze bepaling is om de beide gevallen gelijk te stellen met de vereffening van de desbetreffende juridische constructie wat dan tot effect heeft dat alle zich daarin bevindende (oude) reserves én latente meerwaarden geacht worden te zijn toegekend of betaalbaar gesteld aan de oprichter van de juridische constructie. In voorkomend geval zullen deze bedragen dan binnen de grenzen omschreven door artikel 21 WIB 1992 worden onderworpen aan een heffing van 30%.

In de eerste situatie van “overdracht” betreft het de overdracht van de activa (lees “alle” activa) van een juridische constructie type 1 dan wel type 2 naar een staat waarmee effectief geen fiscale inlichtingen worden uitgewisseld met België. Met overdracht van activa wordt nadrukkelijk tevens een zetelverplaatsing bedoeld. Indien de overdracht plaatsvindt naar een staat waarmee België wél een dubbelbelastingverdrag of ander verdrag ter effectieve uitwisseling van inlichtingen heeft, dan is de fictie niet van toepassing. Zo zal

bijvoorbeeld de overdracht van de activa van een juridische constructie naar een EER-lidstaat in geen geval onder deze fictie kunnen ressorteren. In de wetenschap dat België onder tusschen met de meeste jurisdicties waarin de gebruikelijke juridische constructies gevestigd zijn een verdrag ter uitwisseling van inlichtingen heeft afgesloten, lijkt het erop dat deze bepaling veelal dode letter kan blijven⁵⁸.

In de tweede situatie van “inbreng” betreft het de inbreng van de economische rechten, de aandelen of weerom van “alle” activa van een juridische constructie type 1 dan wel type 2. Hierbij is er tevens een overdracht maar dan in de vorm van een “inbreng” (in het frans “apport”). Dit impliceert dat er in ruil voor de inbreng aandelen dienen te worden uitgegeven. Een “inbreng” in een trust of een stiftung is dus niet te vatten onder deze bepaling daar er in een dergelijk geval geen aandelen worden uitgegeven. Een “inbreng” in vennootschap echter, in ruil voor aandelen, zou wel onder deze fictie kwalificeren. Dat is tenminste zo indien we de bepaling letterlijk interpreteren. Volgens de *memorie van toelichting* hebben deze beide bepalingen evenwel een zeer brede toepassingsfeer:

“Teneinde de repatriëring van historisch opgebouwde reserves te bestendigen en dus het rendement en de effectiviteit van het aanslagstelsel te vergroten, wordt in dit ontwerp voorgesteld om twee specifieke situaties gelijk te stellen met een vereffening. In het geval de juridische constructie, met inbegrip van alle activa naar een andere staat verhuist, of in het geval de activa van een juridische constructie worden overgebracht naar een andere staat waarmee effectief geen fiscale inlichtingen worden uitgewisseld, worden deze activa onweerlegbaar vermoed te zijn uitgekeerd. Deze maatregel beoogt te verhinderen dat de doorkijkbelasting vermeden zou worden omwille van het feit dat een juridische constructie zou worden verplaatst naar een staat die geen bruikbare fiscale inlichtingen uitwisselt, waardoor de administratie geen inlichtingen meer kan verkrijgen die het moet toelaten om de doorkijkbelasting toe te passen. De liquidatie van een juridische constructie wordt ook onweerlegbaar vermoed in het geval de economische rechten, de aandelen of de activa van een in de bepaling onder a) of b) bedoelde juridische constructie worden ingebracht in een nieuwe structuur. Hiermee wordt beoogd om de opeenstapeling en verpakking van juridische constructies in complexe structuren te ontmoedigen, die tot doel hebben om de administratie te verhinderen om tot een daadwerkelijke belastingheffing over te gaan. Het spreekt voor zich dat de vrijstelling die is voorzien in artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992 ook hier van toepassing is, in het geval de niet uitgekeerde, maar wel belaste inkomsten, vervolgens daadwerkelijk worden uitgekeerd.”

Deze tekst in de *memorie van toelichting* heeft een heel andere teneur dan de tekst van de wet zelf. Zo wordt gespecificeerd dat de bedoeling van deze bepaling er in ligt om de repatriëring van historisch opgebouwde reserves te bestendigen en dus het rendement en de effectiviteit van het aanslagstelsel te vergroten. Hieruit blijkt weerom dat men met de kaaiman-

58. Zie tevens N. APPERMONT en B. PEETERS, “Kaaïmantaks 2.0, exitheffingen en vrijheid van vestiging, troebel water?”, *Fiscoloog (I.)* 2018, nr. 412, p. 5-8.



taks 2.0 een vorm van impliciete retroactiviteit wenst in te bouwen waarbij men beoogt om historische reserves te gaan belasten. Zo de betrokken oprichters deze niet vrijwillig uitkeren voert de overheid een fictie in waarbij het klaarblijkelijk de bedoeling is om herstructureringen te gaan belasten. De vraag is natuurlijk welke herstructureringen onder die fictie vallen, en welke niet. De tekst van de wet beperkt de fictie immers nadrukkelijk tot twee specifieke situaties.

Vervolgens gaat de tekst van de *memorie* verder met te stellen dat in het geval de juridische constructie, met inbegrip van alle activa naar een andere staat verhuist, of in het geval de activa van een juridische constructie worden overgebracht naar een andere staat waarmee effectief geen fiscale inlichtingen worden uitgewisseld, deze activa onweerlegbaar vermoed worden te zijn uitgekeerd. Deze passage is opmerkelijk omwille van verschillende redenen.

- Vooreerst wordt hier nadrukkelijk gezegd dat de fictie van vereffening onweerlegbaar is. Dit staat echter nergens in de wet. Men zou toch denken dat bij de inschrijving in de wet van een onweerlegbaar vermoeden dan wel een onweerlegbare fictie, dat dit “onweerlegbaar karakter” nadrukkelijk in de tekst van de wet wordt gespecificeerd.
- Vervolgens wordt er duidelijk gespecificeerd dat de “verhuis” dient te gebeuren met inbegrip van “alle” activa. Over een zetelverplaatsing wordt nergens gesproken, ofschoon dat wel wordt bedoeld.
- Verder is het duidelijk dat zowel de verhuis naar, dan wel de overdracht naar, een andere staat in beide gevallen betrekking dient te hebben op een staat waarmee er effectief geen inlichtingen worden uitgewisseld.

Verder specificeert de tekst dat de liquidatie van een juridische constructie ook onweerlegbaar wordt vermoed in het geval de economische rechten, de aandelen of de (alle) activa van een juridische constructie type 1 of type 2 worden ingebracht in een nieuwe structuur. Uit deze passage kunnen weerom een aantal zaken worden afgeleid.

Zo blijkt dat het woord “inbreng” blijkbaar tevens betrekking kan hebben op de “inbreng” in een trust of stiftung. Er wordt immers verwezen naar “een nieuwe structuur”. Maar welke structuur bedoelt men dan? Er wordt immers niet bijgeschreven dat dit een juridische constructie hoeft te zijn.

Concreet zou dit betekenen dat de inbreng door een juridische constructie type 1 of type 2 in een normaal belaste vennootschap onweerlegbaar de vereffening van de inbrengende juridische constructie zou impliceren. Dat zou betekenen dat elke investering waarbij “alle” activa van de juridische constructie worden ingebracht in een dochtervennootschap in een normaal belaste jurisdictie onherroepelijk de fictieve liquidatie van de inbrengende entiteit tot gevolg zou hebben. De fictie is evenwel alleen van toepassing indien “alle” activa van de juridische constructie worden ingebracht. Dit betekent dat indien slechts een deel van de activa worden ingebracht de fictieve vereffening niet van toepassing is. Merk op dat Appermont en Peeters suggereren dat artikel 5/1, § 2

WIB 1992 tevens van toepassing zou kunnen zijn in geval van een overdracht van activa die geen betrekking heeft op “alle” activa⁵⁹. Daarbij verwijzen de auteurs naar de eerdere bepaling van artikel 18, 2^oter, b) WIB 1992 die verwees naar de totale of gedeeltelijke overdracht van de activa van een juridische constructie. Daarbij stellen de auteurs dat dit standpunt, ondanks de invoering van een nieuwe bepaling, voorlopig niet werd verlaten. De bepaling van artikel 18, 2^oter, b) WIB 1992 werd echter retroactief opgeheven door de wet van 26 december 2015 en heeft dus nooit bestaan. Wij stellen ons de vraag hoe er dan naar kan worden verwezen? Bovendien verwees die bepaling nadrukkelijk naar de “gedeeltelijke overdracht”, bepaling die in artikel 5/1, § 2 WIB 1992 ontbreekt. Daarbij suggereren beide auteurs voor het overige terecht dat een dergelijke brede interpretatie tot ernstige toepassingsproblemen aanleiding zou geven in het kader van een proportionele toerekening van reserves over de uitgekeerde activa. Dit standpunt kan mijns inziens dan ook niet worden onderschreven. Bovendien zou een dergelijke toepassing in strijd zijn met het misbruik dat deze bepaling beoogt. Naar mijn mening is artikel 5/1, § 2 WIB 1992 een specifieke antimisbruikbepaling en dient zij in die zin dan ook restrictief te worden geïnterpreteerd. Verder zou een dergelijke uitgebreide toepassing in strijd zijn met de bedoeling van de tekst zoals die blijkt uit de *memorie van toelichting* waarbij een “fictieve vereffening” wordt beoogd. De tekst van de wet zelf echter verwijst helemaal nergens naar een “fictieve vereffening” en voorziet louter en alleen in een fictieve uitkering.

In de veronderstelling evenwel dat artikel 5/1, § 2 WIB 1992 wél van toepassing zou zijn op enige overdracht dan wel inbreng van activa in een andere entiteit (die geen juridische constructie behoeft te zijn) zonder dat daarbij “alle” activa dienen te worden betrokken, dan zou zulks impliceren dat eender welke beleggingsverrichting die een juridische constructie doet op grond van artikel 5/1, § 2 WIB 1992 zou moeten worden beschouwd als een fictieve uitkering. Dat kan uiteraard de bedoeling van de wetgever niet geweest zijn. In die zin blijven wij dan ook bij ons standpunt dat, opdat artikel 5/1, § 2 WIB 1992 van toepassing zou zijn, transactie betrekking dienen te hebben op “alle” activa, dan wel “alle” aandelen dan wel “alle” economische rechten.

De fictie is echter ook van toepassing indien alle deelbewijzen of economische rechten van de bestaande juridische constructie worden ingebracht. Een dergelijke inbreng gebeurt dan evenwel door de oprichter zelf. Dit is uiteraard een volstrekt andere situatie dan die waarbij de juridische constructie de inbrengverrichtingen doet. In beide gevallen is de fictie wél van toepassing, zo leert de *memorie van toelichting*.

Blijkbaar vermoedt de wetgever hier enig opzet tot misbruik. In de tekst van de *memorie van toelichting* wordt immers geschreven dat hiermee wordt beoogd om de opeenstapeling en verpakking van juridische constructies in complexe structuren te ontmoedigen, die dan tot doel zouden hebben om de administratie te verhinderen om tot een daadwerkelijke be-

59. N. APPERMONT en B. PEETERS, “Kaaimantaks 2.0, exithellingen en vrijheid van vestiging, troebel water?”, *Fiscoloog (1.)* 2018, nr. 412, p. 5-8.



lastingheffing over te gaan. Dat is een zeer merkwaardige uitspraak. In het kader van de kaaimantaks 2.0 wordt immers net de notie van de ketenconstructie ingevoerd. Dergelijke ketenconstructie is nog steeds aan de kaaimantaks onderworpen, de fiscale transparantie is dus gegarandeerd. Waarom zou men dan voorzien in een bijzondere antimisbruikbepaling bij wijze van fictieve vereffening indien men door die verrichting de kaaimantaks helemaal niet opzij zet? Hoe kan men dan beweren dat dergelijke verrichting tot doel heeft om de administratie te verhinderen om tot een daadwerkelijke belastingheffing over te gaan? Mijns inziens schort er duidelijk iets aan de motivering van de betreffende bepaling.

In het kader van een EER-verband is er bovendien een duidelijke inbreuk op het vrij verkeer. Ik kan me levendig voorstellen dat indien een dergelijke inbrengverrichting naar bijvoorbeeld een Liechtensteinse vennootschap toe dan wel bij uitbreiding naar een Liechtensteinse stiftung, door de Belgische fiscus zou worden beschouwd als zijnde een fictieve liquidatie, dat dit een inbreuk kan betekenen binnen het kader van het EER-verband. In dat kader kan verwezen worden naar de reeds eerder in het verband van de kaaimantaks geciteerde rechtspraak inzake het *Olsen*-arrest van 9 juli 2014⁶⁰. Deze stelling wordt ook overtuigend ingenomen door Appermont en Peeters in hun eerder geciteerde bijdrage⁶¹. Daarbij verwijzen beide auteurs tevens terecht naar het *Panayi*-arrest van 14 september 2017 dat in navolging van het *Olsen*-arrest de regels van het vrij verkeer van kapitalen toepast ter zake een UK-trust⁶². Nu zal het ter zake de kaaimantaks eerder zelden voorkomen dat een UK-trust werd gebruikt als vehikel tot vermogensbeheer, maar geheel uitgesloten is het uiteraard niet⁶³.

Bovendien kunnen we ons niet van de indruk ontdoen dat de wetgever hier voorbij gaat aan het feit dat er reeds een nieuwe juridische constructie type 3 werd voorzien in artikel 2, § 1, 13°, c) WIB 1992 die mogelijk al in een vergelijkbare situatie voorziet. Het valt dan ook af te wachten in welke gevallen de fiscus de fiscale classificatie van een juridische constructie type 3 zal vaststellen (waarbij er dan geen fictieve vereffening is) dan wel zal besluiten dat er sprake is van een inbreng in een andere “structuur” (waarbij er dan wel een fictieve vereffening zou zijn).

Het spreekt voor zich dat de vrijstelling die is voorzien in artikel 21, eerste lid, 12°, WIB 1992 ook hier van toepassing is, in het geval de niet uitgekeerde, maar wel belaste inkomsten, vervolgens daadwerkelijk worden uitgekeerd.

Ten slotte bevat de tekst van de wet, in de situatie van een inbreng van de economische rechten, aandelen of activa van

een juridische constructie in een nieuwe structuur, géén verwijzing naar de niet-uitwisseling van inlichtingen door de staat waarin deze nieuwe structuur is gevestigd. Dit kan alleen maar betekenen dat de wetgever heeft bedoeld dat in geval van een inbreng in een entiteit gevestigd in een land waar deze entiteit aan een normale belasting is onderworpen, ook in dat geval een fictieve liquidatie van de inbrengende juridische constructie zou plaatsvinden⁶⁴. Ook hier kunnen binnen het EU- en EER-verband ernstige vraagtekens worden geplaatst in het kader van het vrij verkeer.

De inwerkingtreding van deze bepaling van fictieve liquidatie is van toepassing voor inkomsten vanaf 17 september 2017. Het is echter de vraag wat hier precies wordt bedoeld. Bedoelt men dat in geval van een fictieve liquidatie alleen maar die inkomsten in de fictieve liquidatie worden betrokken die zijn ontstaan vanaf 17 september 2017? Of bedoelt men dat alle verrichtingen die geacht worden overeen te stemmen met een fictieve liquidatie in de heffing worden betrokken indien deze verrichtingen worden voltooid vanaf 17 september 2017 en waarbij het toekenningsmoment wordt geplaatst op een datum vanaf 17 september 2017? Wellicht bedoelt men dat laatste, waarbij dan alle bestaande historische reserves geacht zouden worden uitgekeerd te zijn met de desbetreffende belastingplicht ingevolge artikel 5/1, § 2 WIB 1992 *jo.* artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 tot gevolg.

H. Aanpassing van de “substance” uitsluiting van art. 5/1, § 3, b) WIB 1992

De tekst van de substance uitsluiting zoals die voorkomt in de kaaimantaks 1.0 wordt vervangen door een nieuwe bepaling die tegelijkertijd strenger en soepeler is. De nieuwe bepaling luidt als volgt:

Artikel 5/1, § 1 en 2 zijn niet van toepassing voor het AJ waarvoor de oprichter:

“In de jaarlijkse aangifte van de inkomstenbelasting verklaart en op eenvoudig verzoek aantoont dat de juridische constructie gevestigd is in een staat bedoeld in paragraaf 2, tweede lid, [DBV of TIEA land] en dat:

- *de inkomsten van deze juridische constructie in hoofdzaak wordt behaald door de uitoefening van een of meerdere daadwerkelijke economische activiteiten waarbij deze activiteiten het beheer van het privévermogen van de oprichter of van een van de oprichters van deze juridische constructie niet tot doel mogen hebben, en dat;*

60. G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks, een kritische beschouwing”, *TFR* 2015, nr. 490-491, 865-923; EVA-Hof 9 juli 2014, E-3/13 en E-20/13, *Olsen e.a. / Noorwegen*, www.eftacourt.int. Het *Olsen*-arrest betreft een Noorse CFC-regeling op grond waarvan buitenlandse trusts transparant belast worden. Het *Olsen*-arrest wordt uitvoerig geciteerd in het advies van de Raad van State (Adv.RvS nr. 57.064/3 van 7 april 2015, *Parl.St.* Kamer 2014-15, Doc. 54-0679/003) en voorzien van een uitgebreide noot door A. VAN ZANTBEEK, “Olsen. Duidelijke krijtlijnen voor CFC-wetgeving, transparante belastingheffingen en kaaimantaks binnen de Europese Economische Ruimte”, *TFR* 2015, nr. 490-491, p. 945.

61. N. APPERMONT en B. PEETERS, “Kaaimantaks 2.0, extheffingen en vrijheid van vestiging, troebel water?”, *Fiscoloog (I.)* 2018, nr. 412, p. 5-8.

62. HvJ 14 september 2017, nr. C-646/15, *Trustees of the Panayi Accumulation and Maintenance Settlements / Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs*.

63. Omwille van Brexit is het uiteraard niet onmogelijk dat UK-trusts op termijn helemaal buiten het EU- en EER-verband komen te vallen en op dat moment kan het *Panayi*-arrest dan ook voor UK-trusts geen soelaas meer bieden.

64. Deze lezing van de tekst wordt bevestigd door N. Appermont en B. Peeters in hun eerder geciteerde bijdrage.



- *deze juridische constructie een geheel van lokalen, personeel en uitrusting tot haar beschikking heeft dat in verhouding staat tot de voormelde economische daadwerkelijke activiteiten bedoeld in het eerste streepje.*”

Indien we de bepaling vergelijken met de versie zoals die voorkwam in kaaimantaks 1.0 dan stellen we verschillende versoepelingen vast:

- de bepaling is nu duidelijk ook van toepassing op trusts waar dat ter zake kaaimantaks 1.0 kon worden betwijfeld;
- de bepaling is nu soepeler door te bepalen dat de inkomsten van juridische constructie niet meer uitsluitend maar slechts “in hoofdzaak” dienen te worden behaald door de uitoefening van de daadwerkelijke economische activiteit;
- die daadwerkelijk economische activiteit kan voortaan volgens de tekst ook plaatsvinden op een andere plaats dan die waaraan juridische constructie is gevestigd, dit door de schrapping van het woord “aldaar”.

Deze versoepelingen werden in de tekst ingeschreven om tegemoet te komen aan de Europese rechtspraak ter zake, dit op basis van kritiek die al eerder in de rechtsleer werd geuit⁶⁵. De belangrijkste wijziging is echter de verstrenging van de bepaling door de beperking ervan tot inkomsten uit economische activiteiten die het beheer van het privévermogen van de oprichter of van een van de oprichters van deze juridische constructie *niet* tot doel mogen hebben. In deze kan worden verwezen naar ruling nr. 2016.540 die tot dezelfde conclusie kwam, weze het dan zonder expliciete bepaling in de wet. Voor de desbetreffende argumentatie op grond waarvan deze bepaling mogelijk in strijd kan zijn met de gevestigde Europese en EER-rechtspraak kan worden verwezen naar de tekst van de desbetreffende ruling.

Daarbij moeten we ons echter de vraag stellen wat met de notie “*het privévermogen van de oprichter of van een van de oprichters van deze juridische constructie*” wordt bedoeld. In het kader van de toepassing van de kaaimantaks zijn de betreffende activa immers eigendom van de juridische constructie zelf, en niet het eigendom van de oprichter. In welke mate kan er dan sprake zijn van privévermogen van de oprichter? Dit lijkt een *contradictio in terminis* te zijn. Pogen we dit duidelijk te maken met een voorbeeld. Stel de heer Piet Pieters heeft anno 1987 via zijn Zwitsers bankier een Liechtensteinse stiftung laten oprichten en deze heeft met ingebrachte gelden een chalet gekocht op een mooie zonnige helling in Verbier. De chalet wordt verhuurd via een lokaal verhuurbureau aan toeristen en occasionele gebruikers en af en toe maakt de heer Piet Pieters zelf ook gebruik van de chalet. Men kan zich hier ernstig de vraag stellen of de huurinkomsten belastbaar zijn op grond van de kaaimantaks. Ik ben geneigd te denken van niet daar het hier toch een daadwerkelijke economische activiteit van verhuur betreft. Deze activiteit zou op zich moeten volstaan om de substance uitsluiting

te kunnen invoeren. Anderzijds hoeft de toepassing van de kaaimantaks in dit voorbeeld helemaal niet nadelig te zijn daar de desbetreffende inkomsten uit buitenlandse verhuur ook via fiscaal transparante belasting op grond van artikel 5/1, § 1 WIB 1992 en op basis van artikel 6 van het Belgisch Zwitsers verdrag zullen vrijgesteld zijn met progressievoorbehoud. Bovendien kwalificeren bij latere uitkering de desbetreffende huurgelden dan onder de toepassing van artikel 21, eerste lid, 12° WIB als vrijgestelde inkomsten. Ook hier blijkt weer duidelijk dat de verschillende bepalingen van de kaaimantaks elkaar intrinsiek tegenspreken. Indien het de bedoeling was om méér belastbare grondslag te creëren in het kader van het strenger maken van de desbetreffende bepalingen, dan hebben deze soms een averechts effect. Men zou natuurlijk het standpunt kunnen innemen dat in dit voorbeeld de substance uitsluiting wél kan worden ingeroepen op grond waarvan de desbetreffende onderliggende huurinkomsten niet belastbaar zijn in het kader van de kaaimantaks. Op termijn voert dat echter tot een nadeel voor de belastingplichtige die dan wordt geconfronteerd met belastbare dividenden bij uitkering dan wel bij liquidatie op grond van artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992. *In casu* is het dus in het belang van de belastingplichtige om de substance uitsluiting, zo deze al van toepassing zou zijn, niet in te roepen. Eerder hebben we immers al geargumenteed dat de fiscus zelf de substance uitsluiting niet kan invoeren daar deze nooit automatisch van toepassing is maar door de belastingplichtige zelf bij wijze van een actieve keuze in de aangifte personenbelasting dient te worden ingeroepen⁶⁶.

Verder is het opmerkelijk dat het betreffende tegenbewijs dat in deze substance uitsluiting wordt omschreven alleen nog maar door de oprichter kan worden geleverd en niet meer door de uit de wet geschrapte derde begunstigde. Dit zou dus betekenen dat, indien een trust een uitkering doet aan een derde ontvanger, deze derde ontvanger zich niet kan beroepen op de substance uitsluiting. Dit lijkt mij in strijd te zijn met het gelijkheidsbeginsel.

De bepaling treedt in werking vanaf 1 januari 2018. Er is dus geen uitbreiding naar inkomsten ontvangen vanaf 17 september 2017.

I. De aanpassingen aan artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 en artikel 21 WIB 1992 betreffende taxatie bij uitkering – De anterioriteitsregel onder de loep

De belangrijkste aanpassing van de kaaimantaks 2.0 is die waarin wordt voorzien in de nieuwe tekst van het artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 in samenlezing met de gewijzigde versie van de vrijstellingsbepaling van artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992 *jo.* artikel 21, tweede lid WIB 1992. De gewij-

65. Zie onder meer G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks, een kritische beschouwing”, *TFR* 2015, nr. 490-491, 890 *et seq.* met daar de verwijzingen naar het *Cadbury Schweppes*-arrest en het *Olsen*-arrest. Tevens kan worden verwezen naar het reeds eerder geciteerde *Panayi*-arrest. Zie tevens N. APPERMONT en B. PEETERS, “Kaaimantaks 2.0, exitheffingen en vrijheid van vestiging, troebel water?”, *Fiscoloog (I.)* 2018, nr. 412, p. 5-8.

66. G.D. GOYVAERTS, “Kaaimantaks gerepareerd én aangescherpt”, *Fisc.Act.* 2015, afl. 42, 6.



zigde tekst van artikel 18, eerste lid, 3° luidt voortaan als volgt:

Artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992: “*Uitkeringen andere dan deze bedoeld in 1°, 2°, 2°bis en 2°ter, toegekend of betaalbaar gesteld door een juridische constructie, met inbegrip van de inkomsten die worden geacht te zijn toegekend of betaalbaar gesteld overeenkomstig artikel 5/1, § 2, in de mate dat de belastingplichtige niet heeft aangetoond dat deze toekenning of betaalbaarstelling, het vermogen van de juridische constructie doet dalen beneden het door de oprichter ingebrachte vermogen.*”

Artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992: “*Inkomsten die zijn toegekend of betaalbaar gesteld door een juridische constructie, in de mate dat wordt aangetoond dat deze inkomsten zijn samengesteld uit door de juridische constructie verkregen inkomsten die reeds in hoofde van een natuurlijke persoon of een in artikel 220 bedoelde rechtspersoon in België hun belastingregime hebben ondergaan;*”

Artikel 21, tweede lid WIB 1992: “*Voor de toepassing van het eerste lid, 12°, worden de oudst verkregen inkomsten geacht eerst te zijn uitgekeerd.*”

Uit de analyse van de beide teksten en de commentaar daarbij zoals geschreven in de *memorie van toelichting*⁶⁷ blijkt dat het de nadrukkelijke bedoeling is om voortaan ook uitkeringen van trusts en andere vergelijkbare rechtsverhoudingen zoals omschreven in artikel 2, § 1, 13°, a) WIB 1992 oftewel de juridische constructies type 1, als dividend aan te merken. Volgens de regering wordt daarmee een loophole in de wet gesloten die erin zou bestaan dat trusts belastingvrij uitkeringen konden doen daar deze uitkeringen, in tegenstelling tot uitkeringen uit vennootschappen en stichtingen niet als dividend werden beschouwd. Door deze wetswijziging stapt men uiteraard nog verder af van het pad van de volkomen fiscale transparantie die initieel de hoeksteen uitmaakte van de kaaimantaks 1.0. Men kan zich verder zelfs de vraag stellen waarom er überhaupt nog in een transparante taxatie zou moeten worden voorzien indien elke uitkering uit een juridische constructie sowieso belast wordt als een dividend. Zoals wij al eerder hebben betoogd lag de initiële constructiefout van de kaaimantaks 1.0 er net in dat uitkeringen uit stichtingen belast werden als dividenden waar dergelijke uitkeringen traditioneel niet beschouwd kunnen worden als inkomsten. Deze piste wordt nu finaal verlaten door uitkeringen uit trusts fiscaal gelijk te stellen met uitkeringen uit stichtingen en te belasten als dividenden⁶⁸. De kaaimantaks verwordt daarmee tot een onnodig complex geheel.

Deze wijziging vond de regering blijkbaar dermate belangrijk dat ze er een bijzondere publicatie in het *Belgisch Staatsblad* van 3 oktober 2017 heeft aan gewijd om duidelijk te maken dat uitkeringen uit trusts vanaf 17 september 2017 als dividenden zouden worden belast⁶⁹. Dit is des te merkwaardiger daar over de andere bepalingen die retroactief in werking zijn getreden per 17 september 2017 het voormelde bericht in het *Belgisch Staatsblad* niets vermeldt. Daarbij is het weerom opmerkelijk dat nog op 17 november 2017 een ruling nr. 2017.340 werd afgeleverd die de niet-belastbaarheid van uitkeringen door trusts bevestigde⁷⁰. In die ruling wordt letterlijk verwezen naar “de huidige stand van de wetgeving”, hetgeen weerom zeer merkwaardig is daar de betreffende collegeleden van de Rulingcommissie zeer wel op de hoogte waren van het feit dat voormelde publicatie in het *Belgisch Staatsblad* had plaatsgevonden op grond waarvan uitkeringen door trusts wel degelijk wél belastbaar werden gesteld. Het zou zeer interessant zijn te weten hoe de desbetreffende aanvrager in deze specifieke beslissing zichzelf zal opstellen bij de indiening van de aangifte over aanslagjaar 2018. Wij kunnen alleen maar hopen, louter vanuit intellectuele interesse uiteraard, dat indien de fiscus toch tot belasting zal overgaan – waar ik voor de goede orde vanuit ga – dat deze zaak haar beslag krijgt voor de rechter, zodoende dat eenieder er te gepasten tijde kennis kan van nemen.

De regering specificeert in de *memorie van toelichting* dat artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 wordt aangepast zodat beter wordt gereflecteerd dat elke uitkering van een juridische constructie, die geen terugbetaling is van het ingebrachte vermogen, als een dividend wordt aangemerkt⁷¹. Daarbij wordt meteen gezegd in een impliciete verwijzing naar het nieuwe artikel 21, tweede lid WIB 1992 dat “*de uitkering van het ingebrachte vermogen wel pas geacht wordt plaats te vinden nadat alle gereserveerde winsten en inkomsten werden uitgekeerd en dat het in voorkomend geval aan de belastingplichtige is om de grootte van het oorspronkelijk ingebrachte vermogen te bewijzen*”. Deze vaststelling dient natuurlijk te worden gezien in samenlezing met:

- de “anterioriteitsregel” op grond waarvan de oudste reserves eerst geacht worden uitgekeerd te zijn;
- het feit dat uitkeringen door juridische constructies type 1 vanaf 17 september 2017 tevens gelijkgesteld worden met een dividend;
- het feit dat de kaaimantaks nooit de bedoeling heeft gehad om in een eigendomsfictie te voorzien tussen oprichter enerzijds en juridische constructie anderzijds;
- de uitzonderingsregel op de fiscale transparantie in

67. *Parl.St.* Kamer 2017-18, 6 november 2017, Doc. 54-2746/001, p. 39.

68. Voor een kritische commentaar en een helder illustratief voorbeeld daarbij kan worden verwezen naar A. BIESMANS, “Trusts, *quo vadis*” in B. PEETERS (ed.), *Liber Amicorum Rik Deblauwe*, Herentals, Knops Publishing, 2018, p. 49 *et seq.*

69. Bericht van 28 september 2017 inzake de wijziging van het aanslagstelsel dat van toepassing is op de juridische constructies (BS 3 oktober 2017).

70. Voorafg. Besl. nr. 2017.340 d.d. 21 november 2017. Samenvatting: “De uitkeringen die in de huidige stand van de wetgeving worden toegekend of betaalbaar gesteld door de trust aan de aanvragers zijn niet belastbaar en er dient geen roerende voorheffing te worden ingehouden, noch op basis van de kaaimantaks (inzonderheid art. 5/1, § 1, zevende lid WIB 1992 en art. 18, 2°ter en 3° WIB 1992) noch op basis van enige andere bepaling van het WIB 1992 (inzonderheid art. 17 WIB 1992 en art. 19 WIB 1992), ongeacht het soort uitkering (uitkering van kapitaal dan wel uitkering van inkomsten, uitkering in het kader van de opheffing van de trust dan wel uitkering buiten het kader van de opheffing van de trust), met uitzondering van uitkeringen van inkomsten verkregen door de trust in hetzelfde jaar als het jaar waarin de uitkeringen worden gedaan (die belastbaar zijn op basis van art. 5/1, § 2 WIB 1992)”.

71. *Parl.St.* Kamer 2017-18, 6 november 2017, Doc. 54-2746/001, p. 39.



hoofde van oprichters zoals voorzien bij artikel 5/1, § 1, tiende lid WIB 1992;

- eventueel, de toepassing van artikel 5/1, § 2 WIB 1992 indien en in de mate dat een dergelijke overdracht van vermogen betrekking heeft op “alle” activa.

Hiermee wordt uiteraard weerom zwaar afbreuk gedaan aan de these van volkomen fiscale transparantie. De “alsof bepaling”, die nochtans de hoeksteen is van artikel 5/1, § 1 WIB 1992, wordt hiermee volledig onderuitgehaald. De fiscale transparantie werkt dus *de facto* vooral in het voordeel van de fiscus en wordt niet consequent doorgetrokken in de relatie tussen fiscus en belastingplichtige.

Ter zake de aanpassing van artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992 en de invoering van een nieuw tweede lid bij artikel 21 specificiert de *memorie van toelichting* dat: “De wijzigingen die door dit ontwerp worden aangebracht hebben tot doel om de vrijstelling ook mogelijk te maken in het geval de uitkering van de in artikel 2, § 1, 13°, a) WIB 1992 bedoelde juridische constructie vrij te stellen van inkomstenbelasting in het geval deze uitgekeerde inkomsten in België reeds hun belastingregime hebben ondergaan.” Deze zin loopt niet echt lekker en daarom is het wellicht goed om er ook even de franstalige tekst naast te zetten: “*Les modifications qui sont apportées par le présent projet ont pour but de rendre possible l'exonération également dans le cas où le bénéficiaire distribué d'une construction juridique visée à l'article 2, § 1^{er}, 13°, a) CIR 1992, est exonéré de l'impôt sur les revenus lorsque ces revenus distribués ont subi leur régime fiscal en Belgique*”⁷². Ondanks de wel erg onduidelijke tekst, wordt hiermee uiteraard gerefereerd naar de belastbaarheid van uitkeringen uit trusts die voortaan als dividenden worden aangemerkt. De toevoeging van het tweede lid bij artikel 21 verduidelijkt vervolgens volgens de *memorie van toelichting* dat “voor de toepassing van het artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992 de oudst verkregen inkomsten geacht worden eerst te zijn uitgekeerd. Dit heeft tot gevolg dat slechts van deze vrijstelling kan worden gebruik gemaakt na uitkering van de historische reserves”⁷³.

Daarbij ligt de bewijslast volledig bij diegene die de uitkering ontvangt. Dat kan dus de oprichter zijn, maar dat kan ook een derde begunstigde zijn, ofschoon het begrip “derde begunstigde” niet meer in de tekst van de wet voorkomt. Die bewijslast heeft bovendien betrekking op het feit dat de door de juridische constructie uitgekeerde bedragen dienen te zijn samengesteld uit door de juridische constructie verkregen inkomsten “die reeds in hoofde van een natuurlijke persoon of een in artikel 220 bedoelde rechtspersoon in België hun belastingregime hebben ondergaan”.

Deze nieuwe tekst heeft meteen tot gevolg dat eerdere belasting betaald door persoon X nu ook kan leiden tot een vrijstelling bij uitkering aan persoon Y. In de versie van de tekst zoals deze gold onder de kaaimantaks 1.0 kon hierover aan

de hand van de letterlijke tekst van de wet twijfel bestaan. Aan dit euvel wordt nu door de wetswijziging verholpen⁷⁴.

Dat echter alleen wordt verwezen naar het hebben ondergaan van hun belastingregime “in België” blijft merkwaardig. Dit kan immers problematisch zijn in het geval een derde begunstigde rijksinwoner in België een uitkering zou krijgen uit een trust die voor het overige wat zijn historiek betreft niets met België te maken heeft noch ooit heeft gehad. Volgens de letterlijke tekst van de wet zal dergelijke derde begunstigde steeds belastbaar zijn ook al werd over de onderliggende inkomsten reeds belasting betaald in het buitenland in het kader van de wettelijke regelingen aldaar. Dit lijkt in voorkomend geval te kunnen ingaan tegen de dubbelbelastingverdragen die werden afgesloten met het desbetreffende land waarin de trust dan wel de trustee dan wel de settlor/beneficiary is gevestigd en die heffingsbevoegd is over de inkomsten ervan. Ingeval een Belgische rijksinwoner derwijze een uitkering ontvangt uit trusts gevestigd in Canada, de Verenigde Staten, het Verenigd Koninkrijk, Nieuw-Zeeland, Australië en andere landen die verder niet kunnen worden geclassificeerd als belastingparadijzen, dan zal dit punt zeker nader dienen te worden bekeken. Hierin ligt een duidelijk risico verscholen van dubbele belasting. In een dergelijk geval valt ook niet uit te leggen hoe de “anterioriteitsregel” dient te worden toegepast indien deze alleen maar betrekking kan hebben op “in België” belaste inkomsten.

Volgens het nieuwe artikel 21, tweede lid WIB 1992 worden voor de toepassing van artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992 de oudst verkregen inkomsten immers geacht eerst te zijn uitgekeerd. Wellicht kan de effectieve werking van deze “anterioriteitsregel” best worden uitgelegd aan de hand van een voorbeeld. Stel de heer Piet Pieters is oprichter van een Liechtensteinse stiftung, zijnde een juridische constructie type 2.

Liechtensteinse stiftung per 31 december 2018	Fiscaal	Boekhoudkundig
Ingebracht vermogen	1.000.000 EUR	1.000.000 EUR
Reserves per 31 december 2014	500.000 EUR	N.v.t.
Kaaimantaksreserve ⁷⁵ 2017	130.000 EUR	N.v.t.
Inkomsten interest per 31 december 2018	5.000 EUR	N.v.t.
Reserves	N.v.t.	635.000 EUR
Totaal	1.635.000 EUR	1.635.000 EUR

75. Met de term “kaaimantaksreserve” wordt bedoeld een reserve waarvan het bedrag reeds onderworpen werd aan een transparante belasting, al dan niet op grond van art. 5/1 WIB 1992 dan wel art. 220/1 WIB 1992. Dit betreft dan wel degelijk het “brutobedrag” daar er bij transparante belasting géén correlatie is tussen de uitkering en de effectieve belasting.

Op 31 december 2018 doet de vorstand een uitkering van 50.000 EUR aan een derde persoon begunstigde van de stiftung. Deze derde zal over aanslagjaar 2019 een aangifte-

72. *Parl.St.* Kamer 2017-18, 6 november 2017, Doc. 54-2746/001, p. 39.

73. *Parl.St.* Kamer 2017-18, 6 november 2017, Doc. 54-2746/001, p. 39.

74. Zie onder meer G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks, een kritische beschouwing”, *TFR* 2015, nr. 490-491, 909 waar reeds werd gesuggereerd dat er nood was aan een niet persoonsgebonden belastingkrediet in het toenmalige art. 21, 12° WIB 1992.



plicht hebben en in principe belastbaar zijn op een dividend inkomen anno 2018 ten bedrage van 50.000 EUR aan een tarief van 30% ingevolge de toepassing van artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992. Fiscaal zal deze 50.000 EUR dienen te worden aangerekend op de oudste reserves van de stiftung ten bedrage van 500.000 EUR. Deze worden daarmee *in fiscalibus* gereduceerd tot 450.000 EUR. Het bedrag aan inkomsten van 5.000 EUR per 31 december 2018 zal transparant belastbaar zijn over aanslagjaar 2019 in hoofde van de oprichter de heer Piet Pieters. De totale belastingdruk over aanslagjaar 2019 bedraagt derhalve 30% over 55.000 EUR of 16.500 EUR.

Liechtensteinse stiftung per 1 januari 2019	Fiscaal	Boekhoudkundig
Ingebracht vermogen	1.000.000 EUR	1.000.000 EUR
Reserves per 31 december 2014	450.000 EUR	N.v.t.
Kaaimantaksreserve 2017	130.000 EUR	N.v.t.
Inkomsten interest per 31 december 2018	0 EUR	N.v.t.
Kaaimantaksreserve 2018	5.000 EUR	N.v.t.
Reserves		585.000 EUR
Totaal	1.585.000 EUR	1.585.00 EUR

Op 2 januari 2019 doet de vorstand een vermindering van haar kapitaal ten gunste van de heer Piet Pieters ten bedrage van 500.000 EUR. Dit bedrag van 500.000 EUR wordt fiscaal op grond van de anterioriteitsregel⁷⁶ aangerekend ten belope van 450.000 EUR op de reserves per 31 december 2014 waarover een belasting geldt als dividend aan een tarief van 30% *cf.* artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 *jo.* artikel 21, tweede lid WIB 1992. Ten belope van het resterende bedrag van 50.000 EUR dient deze kapitaalvermindering fiscaal te worden aangerekend op de bestaande kaaimantaksreserve van 130.000 EUR waardoor die 50.000 EUR kan genieten van een vrijstelling *cf.* artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992. Die kaaimantaksreserve 2017 wordt vervolgens gereduceerd naar 80.000 EUR. Voor aanslagjaar 2020 zal de oprichter een aangifteplicht hebben van het feit dat hij een uitkering uit een juridische constructie type 2 heeft ontvangen, en alsmede zal hij een belastingplicht hebben ten bedrage van 450.000 EUR aan een tarief van 30%.

Liechtensteinse stiftung per 3 januari 2019	Fiscaal	Boekhoudkundig
Ingebracht vermogen	1.000.000 EUR	500.000 EUR
Reserves per 31 december 2014	0 EUR	N.v.t.
Kaaimantaksreserve 2017	80.000 EUR	N.v.t.
Inkomsten interest per 31 december 2018	0 EUR	N.v.t.

76. Terzijde, hier voert de wetgever een voorrangregel in terwyl voor "reguliere" kapitaalverminderingen, inclusief uit buitenlandse vennootschappen, een pro rata-regeling werd ingevoerd.

77. A. BIESMANS, "Trusts, *quo vadis*" in B. PEETERS (ed.), *Liber Amicorum Rik Deblauwe*, Herentals, Knops Publishing, 2018, p. 50-51.

Kaaimantaksreserve 2018	5.000 EUR	N.v.t.
Reserves		585.000 EUR
Totaal	1.085.000 EUR	1.085.000 EUR

Slot van het verhaal is dat de boekhoudkundige balans en de fiscale balans waarbij rekening wordt gehouden met de regels van de kaaimantaks 2.0 in belangrijke mate van elkaar verschillen. Deze regels impliceren zoals uit het voorbeeld duidelijk blijkt, een belangrijke inbreuk op het principe van de boekhoudkundige realiteit ter zake entiteiten die kwalificeren als juridische constructies. In de praktijk zal deze impact vrij groot zijn en door de betreffende trustees en raden van bestuur als overmatig complex worden ervaren.

De volgorde van toerekening zoals ze blijkt uit de tekst van de wet is nochtans vrij eenvoudig en kan mits samenlezing van diverse artikelen als volgt worden samengevat:

Oudste reserves volgens artikel 21, tweede lid WIB 1992; Kaaimantaksreserves volgens artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992;

Ingebracht vermogen.

Zoals Anouck Biesmans in haar bijdrage in het *Liber Amicorum Rik Deblauwe* terecht opmerkt geldt er dus een FIFO-methode wat betreft de reserves onderling maar geldt er een LIFO-methode wat betreft de reserves vs. het ingebracht vermogen⁷⁷.

Toch dienen nog een aantal randbemerkingen te worden geformuleerd bij deze ogenschijnlijke eenvoud. De aanrekeningsregels kunnen immers worden doorkruist door:

- inkomsten van het lopend boekjaar die worden uitgekeerd aan de oprichters ingevolge het uitzonderingsregime van artikel 5/1, § 1, tiende lid WIB 1992, op grond waarvan deze meteen als dividend in de belasting zullen worden betrokken (*zie supra*, deel I., D. en *infra*, deel II., A.);
- inkomsten die worden uitgekeerd door onderliggende vennootschappen in het kader van een ketenconstructie zijn steeds mee te nemen in de berekening (*zie supra* deel II., A.).

Tot slot kan ook de vraag worden gesteld naar de belastbaarheid bij uitkering van oudere reserves die zijn ontstaan voorafgaandelijk aan de invoering van de kaaimantaks, te weten uiterlijk per 31 december 2014. In het hogere voorbeeld hebben we met die bedenking geen rekening gehouden daar het onze bedoeling was om in het voorbeeld het standpunt van de fiscus zoals dat blijkt uit de memorie van toelichting weer te geven. Er is echter ook nog een andere opinie mogelijk. Zo kan men stellen dat reserves die zijn ontstaan voorafgaandelijk aan de invoering van de kaaimantaks reeds belast zijn, dan wel helemaal niet belastbaar waren. Op deze problematiek wordt nader ingegaan in deel II., G.



J. De nieuwe tekst van de bijzondere antimisbruikbepaling van artikel 344/1 WIB 1992

Het fel omstreden artikel 344/1 WIB 1992 wordt opgeheven en vervangen door een tekst die in essentie een loutere verwijzing naar artikel 344, § 1 WIB 1992 inhoudt met betrekking tot rechtshandelingen gesteld door juridische constructies.

Artikel 344/1 WIB 1992: “Indien op grond van vermoedens of andere in artikel 340 bedoelde bewijsmiddelen, en aan de hand van objectieve omstandigheden wordt aangetoond dat een juridische constructie één van de in artikel 344, § 1, tweede lid, bedoelde verrichtingen tot stand heeft gebracht, kan de rechtshandeling of het geheel van rechtshandelingen dat een zelfde verrichting tot stand brengt evenmin worden tegengeworpen aan de administratie.

In voorkomend geval kan het in artikel 344, § 1, derde lid, bedoelde tegenbewijs worden geleverd door de oprichter van deze juridische constructie of door de belastingplichtige die tijdens het belastbaar tijdperk een dividend van deze juridische constructie heeft verkregen.

Indien deze oprichter of deze belastingplichtige het tegenbewijs niet levert, dan wordt de belastbare grondslag en de belastingberekening hersteld overeenkomstig artikel 344, § 1, vierde lid.”

Volgens de *memorie van toelichting* is het niet nodig om een bijzondere algemene antimisbruikbepaling in het kader van de kaaimantaks te handhaven. “Het in dit ontwerp voorgestelde artikel 344/1 WIB 1992 vermijdt dus dat de toepassing van de algemene antimisbruikbepaling wordt ontweken door ook de handelingen van een juridische constructie aan de toets van de antimisbruikbepaling te onderwerpen”⁷⁸. In dat verband wordt ook artikel 47, tweede en derde lid van de programmawet van 10 augustus 2015 mee opgeheven. Het feit dat deze bepaling zonder meer wordt opgeheven is eerder merkwaardig daar de *memorie van toelichting* bij de wet van 10 augustus 2015 toch zeer uitvoerig heeft stilgestaan bij de noodzaak om een dergelijke specifieke antimisbruikbepaling voor de kaaimantaks te voorzien⁷⁹.

Het bijzondere aan de nieuwe bepaling van artikel 344/1 WIB 1992 is dat deze zich uitstrekt tot rechtshandelingen gesteld door een juridische constructie zelf. Nu weten we dat de systematiek van de kaaimantaks niet zo mag worden geïnterpreteerd dat rechtshandelingen gesteld door een juridische constructie mogen worden vereenzelvigd met rechtshande-

lingen gesteld door de onderworpen belastingplichtige zelf. Deze belastingplichtige, de oprichter volgens artikel 2, § 1, 14° WIB 1992 is per definitie een rijksinwoner, op dat de kaaimantaks überhaupt van toepassing zou zijn. Een juridische constructie is echter per definitie een niet-rijksinwoner die zelf niet onderworpen is aan noch de personenbelasting noch de rechtspersonenbelasting. Als dusdanig is de juridische constructie zelf dan ook niet onderworpen aan de kaaimantaks. Wellicht moet nog verder worden nagedacht of en in welke mate een niet-rijksinwoner überhaupt een verrichting kan stellen die wordt gevisieerd door artikel 344, § 1 WIB 1992. We kunnen ons dus de vraag stellen of een trustee dan wel een raad van bestuur van een stiftung dan wel de raad van bestuur van een offshore vennootschap een verrichting kan stellen die kan kwalificeren als fiscaal misbruik ten aanzien van een belasting verschuldigd door een oprichter dan wel een derde ontvanger (om niet langer de term derde begunstigde te moeten gebruiken). De uitwerking van artikel 344, § 1 WIB 1992 in deze context is ook bijzonder merkwaardig⁸⁰.

Het tweede lid van het nieuwe artikel 344/1 WIB 1992 stelt immers dat in voorkomend geval een tegenbewijs kan worden geleverd door de oprichter of door de derde ontvanger (omschreven als de belastingplichtige die tijdens het belastbare tijdperk een dividend van deze juridische constructie heeft verkregen). Hoe kan die oprichter dan wel die derde ontvanger zich verplaatsen in het hoofd van de trustee dan wel de vorstand van een discretionaire⁸¹ trust of stiftung om kennis te nemen van de intenties die deze personen hadden ten tijde van het stellen van een rechtshandeling? Dit lijkt mij bijzonder eigenaardig als vereiste. We kunnen dit misschien best illustreren aan de hand van een voorbeeld. Stel je even voor dat u anno 2022 een uitkering krijgt van een trust ingesteld anno 1956 door uw al lang overleden grootoom die in Engeland woonde. De trustee doet u de uitkering in het kader van een ruime bepaling van begunstiging die onder meer kan worden geïnterpreteerd als zou uw grootoom gewent hebben dat voor de betaling van studiekosten, verre en nabije familieleden (al dan niet reeds geboren⁸²) kunnen rekenen op steun vanuit de trust. Daartoe werden anno 2013 verschillende sub-trusts ingesteld met als doel een kapitaal af te zonderen bestemd voor studiekosten. Eén van die sub-trusts is bestemd voor uw studiekosten en daarin wordt anno 2018 een som van 250.000 EUR gestort waarbij het saldo eventueel kan worden aangewend voor de studiekosten van andere familieleden dan wel worden gerestitueerd aan de anno 1956 ingestelde settlement. In het kader van de toepas-

78. *Parl.St.* Kamer 2017-18, 6 november 2017, Doc. 54-2746/001, p. 41.

79. G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks, een kritische beschouwing”, *TFR* 2015, nr. 490-491, p. 910-914.

80. Hier kan wellicht nuttig worden verwezen naar M. DELANOTE en D.E. PHILIPPE, “Les doubles structures et l’article 344, § 1 CIR: quels sont les actes posés par le contribuable susceptibles d’abus?”, *RGCF* 2017/5-6, p. 42-50, tevens gepubliceerd in *TFR* 2018, nr. 535, p. 121-139; alsook naar de bijdrage van A. HAELTERMAN en E. MAES, “De kaaimantaks, wie ontspringt de dans nog?” in F. BUYSSENS en A.L. VERBEKE (eds.), *Notariële actualiteit* 2014-2015, Antwerpen, Intersentia, 2015, randnr. 36.

81. Trusts kunnen wel degelijk discretionair zijn, ook al verkiest de belastingadministratie dat vaak te ontkennen. Voor een bondig overzicht van de oude criteria die de Rulingcommissie daartoe hanteerde, zie A. BIESMANS, “Trusts, *quo vadis*” in B. PEETERS (ed.), *Liber Amicorum Rik Deblauwe*, Herentals, Knops Publishing, 2018, p. 42 en p. 44.

82. Dit zijn personen die naar trustrecht doorgaans omschreven worden als “*the unborn*” en voor dewelke trustee een bijzondere verantwoordelijkheid dragen in het kader van de uitoefening van hun functie.



sing van artikel 344, § 1 WIB 1992 meent uw lokale controleur evenwel dat de trustee als bedoeling heeft gehad om u een toekenning te doen van het volledige bedrag. Op grond van die herkwalficatie in dividend volgens artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 – en wie weet zelfs volgens artikel 5/1, § 2 WIB 1992 indien deze bepaling ook geacht kan worden toepassing te vinden indien een overdracht van fondsen niet alle activa tot voorwerp heeft⁸³ – gaat uw lokale controleur over tot een belastingheffing van 30%. Uiteraard is een dergelijke heffing niet te verantwoorden in het kader van een letterlijke interpretatie van de teksten van de kaaimantaks 2.0. U wordt echter als “derde begunstigde” van de sub-trust, waarvan u voor de goede orde geen oprichter bent, geconfronteerd met een onmogelijke bewijslast. Hoe kan u aantonen dat de trustee, die gehandeld heeft binnen het kader van trustlaw, anno 2013 enige intentie zou hebben gehad tot het plegen van fiscaal misbruik ten aanzien van de regels van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen zoals die op één van de vele familiale beneficiaries van toepassing zijn, rechtsregels die op het moment dat de trustees deze rechtshandeling stelde nog niet eens bestonden? Dit lijkt mij zeer sterk aan te leunen bij een onmogelijk bewijs.

Anderzijds is de schrapping van het oude artikel 344/1 WIB 1992 alleszins een verbetering te noemen als tegemoetkoming aan de in de rechtsleer geuite kritiek ter zake het ongrondwettelijk karakter van deze bepaling⁸⁴.

Een interessant neveneffect van de opheffing van het oude artikel 344/1 WIB 1992 is alleszins dat er diverse rulings zijn die naar dit artikel verwijzen om dubbelstructuren te kunnen belasten⁸⁵. Het kan dan ook zonder al te veel twijfel worden beweerd dat de desbetreffende rulings voor zover ze al niet *contra legem* waren (zie *supra*), hun geldigheid hebben verloren. Of dit evenwel een effectieve impact gaat hebben is onzeker daar artikel 344/1 WIB 1992 alleszins niet met retroactieve werking werd opgeheven. Dus voor de oude aanslagjaren 2016 tot en met 2018 (voor uitkeringen tot en met 16 september 2017) hoeft er niet per sé iets te wijzigen. Bovendien geldt het nieuwe artikel 344/1 WIB 1992 voor inkomsten vanaf 17 september 2017, wat de doorwerking ervan naar de bepaling van de belastbare grondslag uiteraard niet vereenvoudigt. Mogelijk zal dit ertoe leiden dat binnen hetzelfde boekjaar per 31 december 2017 van een juridische constructie op twee verschillende wijzen naar de vaststelling van de belastbare grondslag moet worden gekeken, in hoofdte van de oprichter dan wel een eventuele derde begunstigde. Vervolgens kunnen we de vraag stellen naar de datum van inwerkingtreding van die bepaling. We weten uit de lezing van voorafgaande beslissing nr. 2016-610 dat de Rulingcommissie van mening is dat de oude bepaling van artikel 344/1 WIB 1992 van toepassing was op verrichtingen gesteld voorafgaandelijk aan de inwerkingtreding van de kaaimantaks. Dit standpunt wordt ook onderschreven door

één bron in de rechtsleer⁸⁶. Dit kan echter niet gezegd worden van artikel 344, § 1 WIB 1992 dat slechts geldt voor verrichtingen gesteld vanaf 1 januari 2012. Concreet wil dat zeggen dat zelfs in de visie zoals gehanteerd door de Rulingcommissie, verrichtingen door juridische constructies gesteld uiterlijk 31 december 2011 nooit kunnen gevat worden door de nieuwe tekst van de bijzondere antimisbruikbepaling van artikel 344/1 WIB 1992. Ofschoon het effect van deze vaststelling mogelijk marginaal kan zijn, lijkt het toch nuttig om dit in voorkomend geval in te roepen ten aanzien van de fiscus, wetende de zeer uitgebreide en bijwijlen teleologische interpretatie die de fiscale administratie hanteert bij de toepassing van de kaaimantaks. Het valt verder af te wachten hoe de Rulingcommissie deze bepaling zal hanteren. Uit de ervaring met de eerder afgeleverde rulings weten we immers dat ook de Rulingcommissie de teleologische interpretatie niet schuwt, en zich al eerder heeft geïnspireerd op verrichtingen in een ver verleden voor de interpretatie van de actuele rechtspositie van belastingplichtigen ter zake de toepassing van de kaaimantaks. De raadsman die in deze de rechtspositie van zijn cliënt bepaalt zal hier dan ook zeer omzichtig dienen mee om te gaan.

K. De inwerkingtreding per 17 september 2017 en haar limieten

Volgens artikel 100 van de wet van 25 december 2017 zijn de volgende bepalingen van toepassing op de inkomsten die vanaf 17 september 2017 werden verkregen, toegekend of betaalbaar gesteld door een juridische constructie:

- schrapping van de definitie van “derde begunstigde”;
- schrapping van de verwijzingen naar “derde begunstigde” in artikel 5/1 WIB 1992, dat de transparante taxatie van de juridische constructie regelt;
- wijziging inzake de uitkering van inkomsten verkregen tijdens het lopende kalenderjaar ten aanzien van de oprichter;
- toevoeging van de bepalingen inzake inbreng door en overdracht van een juridische constructie naar een staat waarmee België geen overeenkomstige informatie-uitwisseling heeft afgesloten;
- wijzigingen aan de artikelen 5/1 en 220/1 WIB 1992 met betrekking tot de aanrekening van uitkeringen op oude reserves;
- wijzigingen aan de tekst van artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 en artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992 waaronder de belastbaarstelling als dividend van uitkeringen door trusts;
- de wijziging *c.q.* schrapping van de bijzondere antimisbruikbepaling van artikel 344/1 WIB 1992.

83. Voor de overwegingen daaromtrent verwijs ik naar het deel I.F., *supra*.

84. Zie onder meer F. DEBELVA en A.M. VANDEKERKHOVE, “Antimisbruikbepalingen en dubbelstructuren: enkele bedenkingen”, *Fisc.Act.* 2016, afl. 30, 3-7 en G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks, een kritische beschouwing”, *TFR* 2015, nr. 490-491, p. 910-914.

85. Bv. rulling nr. 2016-610.

86. F. DEBELVA en A.M. VANDEKERKHOVE, “Antimisbruikbepalingen en dubbelstructuren: enkele bedenkingen”, *Fisc.Act.* 2016, afl. 30, 3-7.



Alle overige wijzigende bepalingen zijn van toepassing vanaf 1 januari 2018 en zullen dus slechts (in principe) een impact hebben voor aanslagjaar 2019. Hieronder vallen onder meer alle wijzigende bepalingen met betrekking tot de ketenconstructies.

Het bericht van de minister van Financiën van 28 september 2017 dat in het *Belgisch Staatsblad* van 3 oktober 2017 werd gepubliceerd heeft echter enkel en alléén betrekking op uitkeringen door trusts⁸⁷, en heeft kennelijk tot doel de retroactieve toepassing van de uitbreiding van de kwalificatie als dividend naar uitkeringen van een juridische constructie zoals bedoeld in artikel 2, § 1, 13°, a) WIB 1992 van het type 1 te laten ingaan voor “uitkeringen die zijn toegekend of betaalbaar gesteld vanaf 17 september 2017”. Met dit bericht was overigens de oorspronkelijk beoogde retroactieve toepassing van deze voorgenomen uitbreiding op uitkeringen die hebben plaatsgevonden vanaf 1 januari 2017 dus definitief van de baan, wat kan worden toegejuicht⁸⁸.

Het bericht van 28 september 2017 verwijst overigens voor de retroactieve inwerkingtreding enkel naar de uitbreiding van het begrip dividend naar uitkeringen door een juridische constructie “type 1”, doch niet naar de andere wijzigingen die hoger worden opgesomd en vermeld in artikel 100 van de wet van 25 december 2017. Aangezien deze andere wijzigingen eveneens in werking treden voor inkomsten vanaf 17 september 2017, kan het zogenaamde “*announcement-effect*” dat wordt bewerkstelligd door de bijzondere mededeling in het *Belgisch Staatsblad* moeilijk voor deze andere bepalingen gelden. In het algemeen rijst dan ook de vraag in welke mate de retroactieve inwerkingtreding verzoenbaar zal zijn met het rechtszekerheidsbeginsel. Bovendien wordt ook niet meer verwezen naar een eerdere aankondiging door de regering bij de goedkeuring van het zomerakkoord op 24 juli 2017 waarin inhoudelijk ook reeds naar deze wijzigingen werd verwezen (wat bij het regeerakkoord van 9 oktober 2014 dus wél gebeurde). In die zin kan men de zich vraag stellen waarom uitkeringen door trusts gedaan vanaf 24 juli 2017 ook al niet door de voormelde “*announcement*” aan de nieuwe regels worden onderworpen, de regering had het toen immers zelf reeds aangekondigd. In haar advies heeft de Raad van State zich alleszins reeds zeer kritisch over deze werkwijze uitgelaten⁸⁹.

In ieder geval zal bij de indiening van de aangifte over aanslagjaar 2018 met deze bepalingen dienen te worden rekening gehouden voor alle uitkeringen vanaf 17 september 2017, waarbij het mij raadzaam voorkomt om de bij de aangifte toe te voegen bijlagen voor de berekening van de inkomsten onderworpen aan de kaaimantaks te ontdebellen. Het valt af te wachten hoe de lokale controleurs met deze problematiek zullen omgaan. Wegens de korte termijn

valt in deze van de rulingcommissie geen soelaas te verwachten.

II. *Capita selecta*

In dit deel II. komen een aantal bijzonderheden aan bod die kunnen opduiken bij de toepassing in concrete praktijkgevallen. De verschillende thema's zijn qua volgorde willekeurig geordend en er wordt regelmatig verwezen naar de hogere bespreking van de achterliggende theorie in deel I. van deze bijdrage.

De standpunten die in dit deel zijn ingenomen zijn uiteraard louter en alleen voor rekening van de auteur en in die zin slechts exemplatief daar wegens de inherente complexiteit van de kaaimantaks tevens andere interpretaties mogelijk zijn. Afhangende van de interpretatieve regels die men hanteert kan men bij de kaaimantaks immers tot volstrekt andere resultaten komen wat betreft de bepaling van de belastbare grondslag. Deze vaststelling wordt afdoende geïllustreerd door de sterke variëteit in voorafgaande beslissingen die eerder werden genomen naar aanleiding van de kaaimantaks 1.0 in het najaar van 2016, en waarvan wij al eerder hebben voorgehouden dat deze tenminste deels *contra legem* blijken te zijn.

We kunnen dus ook alleen maar hopen dat de praktizijn bij de toepassing van de kaaimantaks in zijn praktijk uit de in dit deel opgenomen inzichten enige inspiratie kan putten bij de oplossing van de concrete toepassingsgevallen waarmee hij wordt geconfronteerd. In voorkomend geval zullen die inzichten immers reeds nodig zijn bij de indiening van de aangifte over aanslagjaar 2018, tenminste voor zover deze betrekking heeft op uitkeringen vanaf 17 september 2017.

A. Over de krampachtige symbiose van artikel 5/1, § 1, tiende lid WIB 1992 met de anterioriteitsregels van artikel 5/1, § 1, derde lid WIB 1992 en artikel 21, tweede lid WIB 1992 in geval van uitkeringen belastbaar volgens artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 bij ketenconstructies⁹⁰

Hoger in deze tekst in deel I., D. werd reeds uitvoerig stilgestaan bij de tekst van artikel 5/1, § 1 tiende lid WIB 1992 en hoe deze te interpreteren. Daarbij zijn we tot de vaststelling gekomen dat het hier een uitzonderingsregel betreft waarbij een taxatie ten titel van dividend bij uitkering prevaleert boven de toepassing van de fiscale transparantie met non-

87. Bericht van 28 september 2017 inzake de wijziging van het aanslagstelsel dat van toepassing is op de juridische constructies (BS 3 oktober 2017) en waarin wordt verwezen naar de nieuwsbrief van 17 september 2017 van het advocatenkantoor Tiberghien, www.tiberghien.com.

88. Ongenuanceerde uitspraken over deze problematiek dat “*door een vroegtijdig lek de inwerkingtreding (gedeeltelijk) vervroegd is van 1 januari 2018 naar 17 september 2017*” zijn dan ook verkeerd en kunnen geenszins worden bijgetreden. Zie daartoe G.J. VERACHTERT, “De gaten in de kaaimantaks worden gedicht”, *Fisc.Act.* 2017/34, p. 1-6.

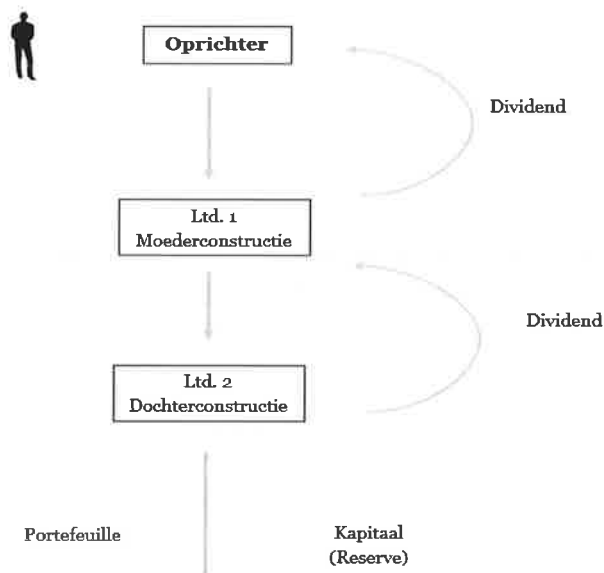
89. *Parl.St.* Kamer 2017-18, 6 november 2017, Doc. 54-2746/001, p. 184-185.

90. De auteur wenst collega Caroline Maes te bedanken voor haar verhelderende inzichten bij de totstandkoming van dit onderdeel.



conversie. De vraag is echter of het naast een uitzonderingsregel niet eerder gewoon een interpretatieve regel is die de onderliggende filosofie van de kaaimantaks 2.0 bevestigt. Deze nuance qua visie tussen enerzijds uitzonderingsregel en anderzijds interpretatieve regel kan echter zijn belang hebben bij het goede begrip van de regelgeving en bij de juiste toepassing van de kaaimantaks 2.0, dit om te komen tot een correcte belastbare grondslag.

Daarbij hebben we vastgesteld dat dit onderscheid tussen uitzonderingsregel enerzijds en interpretatieve regel anderzijds alleen duidelijk tot uiting komt bij ketenconstructies en dus niet meteen bij enkelvoudige juridische constructies. Om het geheel dan verder te vervolledigen dient er uiteraard tevens te worden rekening gehouden met de anterioriteitsregel (al dan niet bij ketenconstructies) die in de overgrote meerderheid van de concrete gevallen van toepassing zal zijn. Zoals gebruikelijk kunnen we dit best illustreren aan de hand van een uitgewerkt voorbeeld van een eenvoudige ketenconstructie waarbij twee vennootschappen boven elkaar zijn geplaatst. Daarbij stellen we ons dus de vraag naar de toepassing van artikel 5/1, § 1, tiende lid WIB 1992 in verhouding tot uitkeringen binnen een ketenconstructie, in het bijzonder wanneer een inkomen dat wordt ontvangen door de dochtervennootschap onmiddellijk wordt uitgekeerd aan de moedervennootschap en daaropvolgend al dan niet onmiddellijk wordt uitgekeerd aan de oprichter.



Het principe van fiscale transparantie in hoofde van de oprichter en taxatie op geconsolideerde basis in geval van een ketenconstructie wordt geregeld in artikel 5/1, § 1, eerste t.e.m. vijfde lid WIB 1992 (zie *supra* deel I, F.). Daarbij zijn vooral de teksten van artikel 5/1, § 1, tweede lid WIB 1992 en artikel 5/1, § 1, derde lid WIB 1992 van belang. In ons voorbeeld heeft de samenlezing van artikel 5/1, § 1, eerste en tweede lid WIB 1992 tot gevolg dat voor de toepassing van de doorkijkbelasting, de inkomsten die werden verkregen door de dochtervennootschap deel uitmaken van de inkomsten die werden verkregen door de moedervennootschap.

Ingevolge voormelde consolidatieregels zijn de inkomsten die door de dochtervennootschap worden verkregen belastbaar in hoofde van de heer X, dit op grond van de doorkijkbenadering.

Om dubbele belasting te vermijden bepaalt artikel 5/1, § 1, tweede lid, tweede streepje WIB 1992 dat de transacties tussen de onderliggende juridische constructies niet belast worden, in de mate en op voorwaarde dat de belastingplichtige heeft aangetoond dat deze inkomsten zijn samengesteld uit inkomsten die in hoofde van een natuurlijke persoon in België hun belastingregime hebben ondergaan. Deze regel is dus enigszins vergelijkbaar met de regel van het artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992. De niet-belasting van de transacties tussen de juridische constructies onderling geldt dus alleen maar in het geval de belastingplichtige aantoont dat de door de dochterconstructie uitgekeerde inkomsten zijn samengesteld uit – al dan niet door de andere juridische constructies verkregen inkomsten – die reeds in België hun belastingregime hebben ondergaan. De anterioriteitsregel zoals vervat in artikel 5/1, § 1, derde lid WIB 1992 bepaalt evenwel dat de oudst verkregen inkomsten geacht worden eerst te zijn uitgekeerd door de dochterconstructie (zie voor het uitgewerkte voorbeeld *supra* deel I, I.).

In de hypothese dat de dochtervennootschap nog oude reserves in haar balans heeft en een inkomen ontvangt in jaar X wordt dat inkomen van jaar X op grond van de doorkijkbenadering belast in hoofde van de oprichter, dit bij toepassing van artikel 5/1, § 1, eerste lid *jo.* tweede lid WIB 1992. Enige daaropvolgende uitkering door de dochtervennootschap aan de moedervennootschap wordt wat het uitgekeerde bedrag betreft in de belastingheffing betrokken op grond van de anterioriteitsregel bij ketenconstructies (art. 5/1, § 1, derde lid WIB 1992) waarbij de uitkering door een dochterconstructie geacht wordt betrekking te hebben op de oudst verkregen inkomsten van de dochtervennootschap.

Niettegenstaande voormelde toerekening van de uitkering op de oudst verkregen inkomsten op grond van de anterioriteitsregel, dient tevens rekening te worden gehouden met het uitzonderingsregime van artikel 5/1, § 1, tiende lid WIB 1992 dat bepaalt dat artikel 5/1, § 1 WIB 1992 niet van toepassing is op de door een juridische constructie betaalde of toegekende inkomsten. Uit de huidige tekst van artikel 5/1, § 1 WIB 1992 volgt immers dat er fiscale transparantie geldt in hoofde van de oprichter, behoudens in geval van een uitkering door een juridische constructie in jaar X zoals bepaald door artikel 5/1, § 1, tiende lid WIB 1992: “Deze paragraaf is niet van toepassing op de door de juridische constructie betaalde of toegekende inkomsten.” (zie deel I, D. voor de nadere theoretische toelichting omtrent deze bepaling). De vraag stelt zich nu naar de concrete toepassing van het uitzonderingsregime van artikel 5/1, § 1, tiende lid WIB 1992 in verhouding tot inkomsten die worden uitgekeerd door een onderliggende dochtervennootschap in het kader van een ketenconstructie. De niet-transparantie op grond van artikel 5/1, § 1, tiende lid WIB 1992 blijkt immers enkel te gelden in hoofde van de “moederconstructie” waarvan de aandelen “rechtstreeks” worden gehouden door de oprichter, maar



niet in hoofde van de “dochterconstructie” waarvan de aandelen slechts “onrechtstreeks” worden gehouden.

Daarbij is het zoals hoger in deel I., D. reeds opgemerkt echter van belang dat volgens de letterlijke tekst de volledige paragraaf ter zake de transparante belasting van artikel 5/1, § 1 WIB 1992 (wat het eerste tot en met het negende lid betreft) wordt uitgeschakeld door het tiende lid “ter zake *de door de juridische constructie betaalde of toegekende inkomsten*”. Of daarmee wordt bedoeld dat indien een moederconstructie een uitkering doet, dat dan meteen – of in die mate – de hele artikelenreeks van artikel 5/1, § 1, eerste tot en met vijfde lid WIB 1992 (wat die ketenconstructie betreft) wordt uitgeschakeld is geheel onduidelijk. We pogen het hierna nader te duiden.

Dit kan best worden geïllustreerd aan de hand van drie werkhypothese waarbij we telkenmale een stapje verder gaan met het verrichten van de uitkering.

In een eerste hypothese worden in ons voorbeeld de betreffende inkomsten, die in jaar X werden ontvangen door de dochtervennootschap niet verder uitgekeerd. In dat geval is het eenvoudig, dan geldt de doorkijkbenadering omwille van artikel 5/1, § 1, eerste lid WIB 1992 en zal de uitkering haar fiscale kwalificatie bij de transparante belasting behouden. Daar er geen uitkering is, komen we uiteraard ook niet toe aan de toepassing van de anterioriteitsregel.

In een tweede hypothese worden in ons voorbeeld de betreffende inkomsten, die in jaar X werden ontvangen door de dochtervennootschap in datzelfde jaar uitgekeerd aan de moedervennootschap. Op dat moment wordt het wel heel wat complexer. Dan stelt zich immers de vraag of ook in dit geval de doorkijkbenadering blijft prevaleren op grond van artikel 5/1, § 1, derde lid WIB 1992 en/of dat omwille van artikel 5/1, § 1, tiende lid WIB 1992 deze uitkering toch als dividend zou worden beschouwd in hoofde van de moedervennootschap en daarop onderworpen zou worden aan Belgische inkomstenbelasting. *In casu* betreft dit mijns inziens echter een loutere toepassing van artikel 5/1, § 1, tweede lid, eerste streepje WIB 1992 waarbij de doorkijkbenadering prevaleert bij gebrek aan een daadwerkelijke uitkering aan de oprichter. Dit impliceert dat de transparante belasting over het onderliggende inkomen van een dochtervennootschap behouden blijft. Een andere conclusie zou immers impliceren dat artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 dient te worden toegepast hetgeen alleen kan mits een uitkering aan de oprichter rechtstreeks. Daarbij blijkt dan meteen dat artikel 5/1, § 1, tiende lid WIB 1992 geen autonome heffingstitel impliceert. Let wel, in deze maken we nog even abstractie van de anterioriteitsregel.

In een derde hypothese worden in ons voorbeeld de betreffende inkomsten, die in jaar X werden ontvangen door de dochtervennootschap en in datzelfde jaar worden uitgekeerd aan de moedervennootschap, daaropvolgend door de moedervennootschap weerom in datzelfde jaar uitgekeerd aan de oprichter. In dat geval, en voortbouwende op de hogere redenering, geldt de doorkijkbenadering dus niet meer omwille van artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 dat de door de moedervennootschap gedane daadwerkelijke uitkering aan de

oprichter als een dividend zal belasten. Door de interpretatieve bepaling van artikel 5/1, § 1, tiende lid WIB 1992 wordt de doorkijkbelasting ten aanzien van de dochterconstructie én ten aanzien van de moederconstructie opzijgezet (dus art. 5/1, § 1, eerste t.e.m. vijfde lid WIB 1992) en zal de uitkering dus toch als dividend worden beschouwd in hoofde van de oprichter en onderworpen worden aan Belgische inkomstenbelasting, met name aan het tarief van 30%. Let wel, in deze maken we nog even abstractie van de anterioriteitsregel, die indien toegepast, tot een geheel andere uitkomst kan/zal leiden (zie *infra*).

De these dat de fiscale kwalificatie als dividend omwille van artikel 5/1, § 1, tiende lid WIB 1992 dient te worden toegepast is dus suppletief aan de normale fiscale kwalificatie die volgt uit artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 en die sowieso prevaleert ter zake de uitkering aan de oprichter door de moedervennootschap. Dit impliceert dat de regel van artikel 5/1, § 1, tiende lid WIB 1992 *de iure* louter een interpretatieve regel is ter vrijwaring van de dividendkwalificatie die wordt veroorzaakt door het loutere feit van de uitkering aan de oprichter rechtstreeks alleen. Op zich is dat dus een eerder geruststellende vaststelling.

Laat ons nu het voorbeeld vervolledigen met een vierde hypothese waarbij de betreffende inkomsten, die in jaar X werden ontvangen door de dochtervennootschap en in datzelfde jaar worden uitgekeerd aan de moedervennootschap, daaropvolgend door de moedervennootschap – maar echter niet in datzelfde jaar – worden uitgekeerd aan de oprichter, maar slechts in het daaropvolgende jaar. In dat geval geldt de doorkijkbenadering dus wél wat de inkomsten betreft die werden ontvangen door de dochtervennootschap en zal deze uitkering door de dochtervennootschap aan de moedervennootschap niet als dividend worden beschouwd. Uiteraard zal omwille van de doorkijkbelasting tevens Belgische inkomstenbelasting verschuldigd zijn, ofschoon daarbij de regel van de non-conversie blijft gelden. In dit geval komt men dus ook toe aan een toepassing van artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 maar dan wel met de correctie van artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992. Ook hier maken we weerom abstractie van de anterioriteitsregel.

Indien we echter het voorbeeld in de tweede en de derde hypothese verder vervolledigen met de toepassing van de anterioriteitsregel dan wordt het geheel ietwat complexer. In dat geval dient immers tevens voorrang te worden gegeven aan de fiscale fictie op grond waarvan de oudste inkomsten geacht worden eerst uitgekeerd te zijn, zowel door de dochtervennootschap als door de moedervennootschap (dit laatste in geval van een effectieve uitkering aan de oprichter). Tenzij echter men zou kunnen voorhouden dat op basis van de “uitschakeling” van het artikel 5/1, § 1, derde lid WIB 1992 door artikel 5/1, § 1, tiende lid WIB 1992 de anterioriteitsregel bij de ketenconstructie dan helemaal niet meer zou gelden. Maar wat doen we dan met de reguliere anterioriteitsregel van artikel 21, tweede lid WIB 1992, die wordt immers niet “uitgeschakeld”?

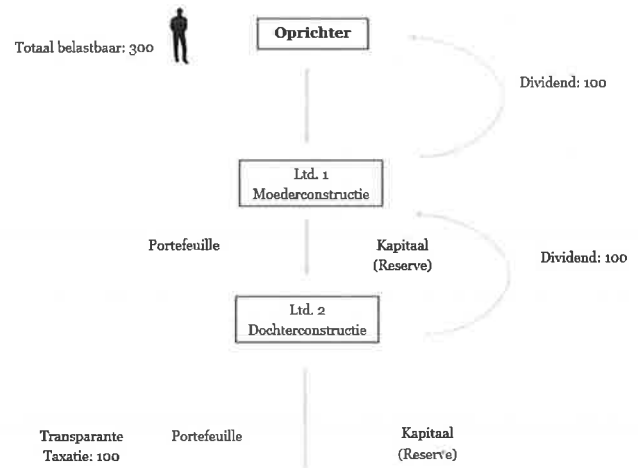
Concreet lijkt de toepassing van artikel 5/1, § 1, tiende lid WIB 1992 en artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 mét inbegrip



van de toepassing van de anterioriteitsregel een drievoudige belasting voor jaar X tot gevolg te hebben:

- belasting 1: op het moment dat de dochtervennootschap een inkomen ontvangt in jaar X, wordt dat inkomen op grond van de doorkijkbenadering onderworpen aan de Belgische inkomstenbelasting in hoofde van de oprichter (art. 5/1, § 1, eerste en tweede lid WIB 1992);
- belasting 2: bij effectieve uitkering van het betreffende inkomen door de dochtervennootschap aan de moedervennootschap wordt de uitkering op grond van de anterioriteitsregel toegerekend aan de oudste inkomsten eerder ontvangen door de dochtervennootschap en op basis daarvan in hoofde van de oprichter belast als zijnde een door de moedervennootschap ontvangen dividend in jaar X (art. 5/1, § 1, derde lid WIB 1992). In essentie betekent dit dat de doorkijkregeling wordt toegepast in hoofde van de moedervennootschap over een dividend dat op grond van de anterioriteitsregel fiscaal wordt toegerekend aan de oudste inkomsten van de dochtervennootschap;
- belasting 3: bij effectieve uitkering van het betreffende inkomen door de moedervennootschap aan de oprichter in jaar X, wordt de uitkering in hoofde van de oprichter belast als zijnde een ontvangen dividend in jaar X (art. 18, eerste lid, 3^o jo. art. 5/1, § 1, tiende lid WIB 1992). In dat geval wordt die uitkering echter wegens de anterioriteitsregel *in fiscalibus* niet aangerekend op het door de dochtervennootschap effectief ontvangen inkomen dat via de doorkijkregeling in de belastingheffing wordt betrokken als belasting 1. Aangezien de uitkering van de door de dochtervennootschap ontvangen inkomsten door de moedervennootschap gebeurt in hetzelfde jaar als dat waarin deze inkomsten door de moedervennootschap werden ontvangen, blijkt de fiscale kwalificatie als dividend immers te prevaleren. Ondanks het feit dat het hier echter om hetzelfde inkomen gaat, treedt er een additionele belasting op. Ook in dit geval dient immers de anterioriteitsregel te worden toegepast waardoor er een aanrekening moet gebeuren in hoofde van de moedervennootschap op de oudste ontvangen inkomsten uit haar balans, die per definitie niet gelijk kan zijn aan het op dat moment ontvangen bedrag, waardoor er zich dus een derde belastbare grondslag manifesteert.

Schematisch geeft dat het volgende beeld:



De vraag stelt zich dus naar wat de bedoeling zou kunnen zijn geweest van de wetgever. We kunnen ons daarbij niet van de indruk ontdoen dat de wetgever deze hypothese helemaal niet heeft voorzien, en zich in de inherente complexiteit van de eigen ontwikkelde regelgeving heeft vergalopperd.

Zoals hoger al aangehaald, indien men zou kunnen voorhouden dat op basis van de “uitschakeling” van het artikel 5/1, § 1, derde lid WIB 1992 door artikel 5/1, § 1, tiende lid WIB 1992 de anterioriteitsregel bij de ketenconstructie dan helemaal niet meer zou gelden, vervallen dan de “eerste” en de “tweede” belasting ten voordele van de “derde belasting”? Maar wat doen we dan met de reguliere anterioriteitsregel van artikel 21, tweede lid WIB 1992, die wordt immers niet “uitgeschakeld”? Bovendien, hoe kan men weten “welk” inkomen wordt uitgekeerd. De toevoeging van de anterioriteitsregel heeft nu net tot gevolg gehad dat *in fiscalibus* men geen inkomsten meer mag alloceren aan een bepaalde uitkering. Het geheel is dus zeer onduidelijk.

Wat de uitkomst van de puzzel ook weze, of er nu een tweede belastbare grondslag wordt gecreëerd op basis van de anterioriteitsregel in hoofde van de dochtervennootschap, dan wel een derde belastbare grondslag op basis van de anterioriteitsregel in hoofde van de moedervennootschap, in beide gevallen lijkt het resultaat onbillijk te zijn. Het voorbeeld toont ook de quasi onwerkbaarheid van de kaaimantaks in de praktijk aan.

Anders geformuleerd stelt zich hier de vraag naar de voorangsregeling tussen enerzijds de anterioriteitsregel en anderzijds de regel zoals vervat in artikel 5/1, § 1, tiende lid WIB 1992 bij een ketenconstructie waarvan hoger werd gesteld dat deze op zich louter een interpretatieve regel is. De onduidelijkheid over de toepasbaarheid van twee quasi identieke anterioriteitsregels is niet van aard het probleem op te lossen. Het antwoord leidt zoals aangetoond mogelijk zelfs tot een drievoudige belastingheffing over een gelijkwaardig bedrag. Nu voor de goede orde, deze drievoudige belastingheffing is uiteraard fiscaaltechnisch gezien nooit van aard dat ze zou kunnen leiden tot een effectieve drievoudige belasting over “hetzelfde” inkomen. Wegens de toepassing van de anterioriteitsregel.



riteitsregel zal er uiteraard een aanrekening dienen te gebeuren zoals wij deze hoger hebben toegelicht in deel I., I. waarbij dan op termijn weer door de doorwerking van artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992 *jo.* artikel 5/1, § 1, tweede lid, tweede streepje WIB 1992 elke vorm van effectieve dubbele belasting zal worden vermeden, zoals dit ook nadrukkelijk wordt bepaald in artikel 5/1, § 1, vijfde lid WIB 1992.

De vaststelling evenwel dat een “anticipatief uitkeringsbeleid” ertoe kan leiden dat een oprichter *de facto* rekening moeten houden met een belastbare grondslag gelijk aan 300% van het bedrag van de effectieve ontvangst zal echter menigeen de wenkbrauwen doen fronsen. In voorkomend geval zou immers een effectieve belasting verschuldigd zijn van 90 over een uitkering van 100 (3 x 30%). Het laat zich verwachten dat een dergelijke belasting onaanvaardbaar zal zijn voor een buitenlandse trustee dan wel vorstand van een stiftung en dat die dan ook zal weigeren om een uitkering te doen. Een dergelijke uitkering die wordt onderworpen aan een effectieve belasting van 90% kan immers volgens de gebruikelijke teksten van settlements en statuten niet geacht worden in het voordeel te zijn van de begunstigde. In die zin is deze regelgeving waarbij de wetgever mordicus anticipatief wil heffen over opgestapelde reserves dan ook prohibitief. De toekomst zal uitwijzen hoe met deze regelgeving in werkelijkheid zal worden omgegaan.

B. Over de fiscale transparantie van de STAK en hoe deze een ketenconstructie al dan niet in de weg kan staan

Een andere boeiende vraag is die of een Nederlandse stichting administratiekantoor (STAK) – die an sich niet kwalificeert als een juridische constructie – de ketting van een zogenaamde “ketenconstructie” kan doorbreken. Daar dergelijke gevallen zich in de praktijk effectief voordoen, en sommige tussenholdings effectief worden georganiseerd middels certificering, kan de vraag zeker nuttig worden gesteld. Daarbij is het dus zaak om duidelijkheid te verkrijgen over de toepassing van artikel 2, § 1, 13°/4 WIB 1992 in het kader van een dergelijke vermogensstructuur.



In het kader van de juridische constructies (type 2), zoals vermeld onder artikel 2, § 1, 13°, b) WIB 1992, wordt een onderscheid gehanteerd tussen entiteiten gevestigd in de EER en entiteiten gevestigd buiten de EER. Entiteiten in de EER worden op limitatieve maar tegelijk onweerlegbare wijze vastgesteld bij KB van 18 december 2015 (zie *infra* echter in deel III. over het nieuwe ontwerp EER-KB). Voor entiteiten buiten de EER werd een niet-limitatieve en weerlegbare lijst opgenomen in het KB van 23 augustus 2015. Belastingplichten kunnen wat niet EER-entiteiten betreft steeds het tegenbewijs leveren tegen een vermelding op de lijst. Voor entiteiten buiten de EER die al dan niet op de lijst vermeld zijn, dient steeds geverifieerd te worden of zij in hun rechtsgebied van vestiging ofwel aldaar niet aan een inkomstenbelasting onderworpen zijn ofwel onderworpen zijn aan een inkomstenbelasting die minder dan 15% bedraagt van het belastbare inkomen van deze juridische constructie dat wordt vastgesteld overeenkomstig de regels die van toepassing zijn voor het vestigen van de Belgische belasting op daarmee overeenstemmende inkomsten. Een STAK is als Nederlands vehikel gevestigd binnen de EER, en wordt overeenkomstig het KB van 18 december 2015 niet beschouwd als een juridische constructie. *In casu* kan worden verwezen naar rulingnr. 2016.602 waarin dit wordt bevestigd⁹¹.

De definitie in artikel 2, § 1, 13°/4 WIB 1992 in aanmerking genomen, kan een vennootschap of stichting die aan een normaal belastingregime is onderworpen en die dus op zichzelf beschouwd niet kwalificeert als een juridische constructie, geen deel uitmaken van een ketenconstructie. Zoals reeds hoger aangehaald in deel I., F. stelt de minister van Financiën ter zake dat er niet wordt geopteerd voor het doortrekken

91. Ruling nr. 2016.602, 29 november 2016, randnr. 114.



van de doorkijkbelasting naar situaties waarin een belastingplichtige indirect oprichter is van een juridische constructie en dit om te vermijden dat een aandeel in een normale vennootschap, bijvoorbeeld een gewone handelsvennootschap, ertoe zou kunnen leiden dat men oprichter zou worden van een eventuele juridische constructie die eventueel indirect door deze vennootschap zou worden aangehouden. De inkomsten uit een normale vennootschap waarin de belastingplichtige een aandeel heeft worden bovendien belast bij uitkering aan de belastingplichtige en de betrokken vennootschap zal ook onderworpen zijn aan een normaal belastingregime op haar inkomsten⁹².

Onverminderd het feit dat de STAK in onderhavig geval niet als een juridische constructie kwalificeert *cf.* artikel 2, § 1, 13°, b), tweede lid WIB 1992 *jo.* KB 18 december 2015, is een stichting-administratiekantoor – mits naleving van welbepaalde voorwaarden – fiscaal transparant voor doeleinden van Belgische inkomstenbelasting. De wet van 15 juli 1998 betreffende de certificering van effecten uitgegeven door handelsvennootschappen voorziet in een uitgewerkte juridische regeling voor het inbrengen van aandelen van naamloze vennootschappen, van commanditaire vennootschappen op aandelen of van besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid bij een rechtspersoon die in ruil daarvoor certificaten uitgeeft. Analoog kan worden besloten dat een STAK waar aandelen van een “limited” die an sich als een juridische constructie kwalificeert, zijn ingebracht, eveneens fiscaal transparant is mits naleving van de voorwaarden zoals bepaald bij wet van 15 juli 1998, voormeld. Op heden is het echter onduidelijk in welke mate het hoofdbestuur dit standpunt nog omschrijft. Zoals reeds eerder vermeld in de doctrine heerst er op heden een visie bij het hoofdbestuur – nog steeds niet gepubliceerd – op grond waarvan men een zeer restrictieve interpretatie hanteert van de wet van 15 juli 1998. Het is daarbij geenszins zeker of de these van fiscale transparantie nog kan worden weerhouden middels de louter certificering van aandelen van een buitenlandse vennootschap door een STAK. De enige rechtsbron die we daar op vandaag over kunnen citeren zijn de rulings die werden gegeven over de gecertificeerde maatschap (STAK-BM) waarin deze problematiek zijdelings aan bod komt⁹³.

Het kan echter worden geargumenteed dat de tekst van artikel 2, § 1, 13°/2 WIB 1992 ook verwijst naar een juridische constructie waarvan de economische rechten worden aangehouden door een andere juridische constructie. *In casu* kan echter worden voorgehouden dat de notie “economische rechten” zoals bepaald in artikel 2, § 1, 13°/2 WIB 1992 – *onder een dochterconstructie wordt een juridische constructie verstaan waarvan de aandelen of economische rechten geheel of gedeeltelijk worden aangehouden door een andere juridische constructie* – verwijst naar de certificaten die werden uitgegeven door de STAK waardoor zelfs bij een restrictieve lezing van de tekst van artikel 2, § 1, 13°/2 *jo.* artikel 2, § 1, 13°/4 WIB 1992 voldaan is aan de notie ketenconstructie.

Indien verder zou blijken op basis van het nieuwe EER-KB (waarover meer in deel III. *infra*) dat de STAK zélf wél als een juridische constructie type 2 zou kwalificeren, dan vervalt uiteraard het hele vraagstuk.

C. Over de STAK-BM als juridische constructie type 1 in het licht van artikel 5/1, § 1, tiende lid WIB 1992

Zoals algemeen bekend en aanvaard wordt een burgerlijke maatschap (BM) tot op heden, mits voldaan aan bepaalde voorwaarden, als volkomen fiscaal transparant beschouwd, ook indien de delen van de BM gecertificeerd zijn en gehouden worden door een fiscaal transparante Nederlandse stichting administratiekantoor (STAK). De fiscale transparantie van zowel de BM én de STAK werd destijds meermaals bevestigd in verschillende voorafgaande beslissingen van de Rulingcommissie⁹⁴. Sedert de invoering van de kaaimantaks beschouwt de Rulingcommissie de combinatie van STAK-BM echter als een juridische constructie type 1 volgens artikel 2, § 1, 13°, a) WIB 1992 voor de toepassing van artikel 5/1, § 1 WIB 1992⁹⁵. Volkomen fiscale transparantie voor de inkomsten ontvangen door de BM is hiervan het praktische gevolg. Daardoor dienen zij die als “oprichter” van de STAK-BM worden beschouwd volgens artikel 2, § 1, 14° WIB 1992 in hun aangifte personenbelasting aan te kruisen dat zij oprichter zijn van een juridische constructie.

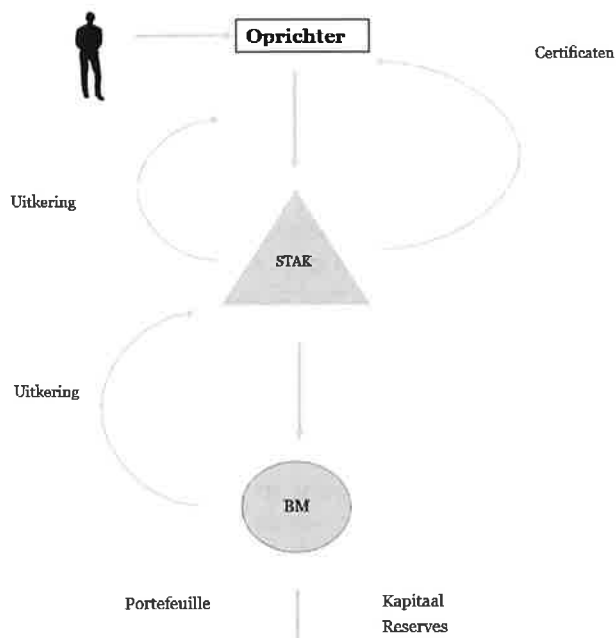
92. *Parl.St.* Kamer 2017-18, 13 december 2017, Doc. 54-2746/016, p. 27-28.

93. Besl. nr. 2015.538 en nr. 2016.613; G.D. GOYVAERTS, “De gecertificeerde maatschap onderworpen aan de kaaimantaks”, *VIP* 2016, afl. 3, 46-50.

94. Besl. nr. 500.157 van 24 november 2005, Besl. nr. 500.124 van 23 juni 2005, Besl. nr. 500.157 van 24 november 2005, Besl. nr. 600.439 van 19 december 2006 en Besl. nr. 800.096 van 3 maart 2009.

95. De Rulingcommissie bevestigde dit standpunt inzake de kwalificatie van de STAK-BM-structuur als een juridische constructie type 1 in een eerste voorafgaande beslissing d.d. 22 december 2015, nr. 2015.538 en dit werd bevestigd in een tweede beslissing van oktober 2016, nr. 2016.613.





Los van het feit of deze beslissingen nu “feitelijk” *contra legem* zijn of niet⁹⁶, rijst de vraag hoe er in de praktijk mee om te gaan onder de regelgeving van kaaimantaks 2.0 en dan meer in het bijzonder ter zake de uitzonderingsregel dan wel de interpretatieve regel van artikel 5/1, § 1, tiende lid WIB 1992. Zoals hoger geschetst heeft deze regel tot gevolg dat uitkeringen door een juridische constructie in het jaar X gefinancierd met inkomsten van het inkomstenjaar X, op basis van de samenlezing van artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 *jo.* artikel 5/1, § 1, tiende lid WIB 1992 worden beschouwd als dividenden belast aan 30%. Dat is uiteraard nooit de bedoeling geweest. Toen de Rulingcommissie besliste om de kaaimantaks toe te passen op de STAK-BM was dit veeleer ingegeven vanuit de bedoeling om rechtszekerheid te creëren via een wettelijke basis voor de fiscale transparantie en werd nooit overwogen om uitkeringen aan een separaat belastingtarief te onderwerpen. Anderzijds kan men natuurlijk moeilijker argumenteren dat enerzijds het regime van de kaaimantaks en artikel 5/1, § 1 WIB 1992 van toepassing zou zijn op de STAK-BM en dat anderzijds artikel 5/1, § 1, tiende lid WIB 1992 voor niet geschreven moet worden gehouden.

Binnen de letterlijke lezing van de tekst van de wet is er dan ook maar één manier om te vermijden dat de in essentie fiscaal transparante STAK-BM tot ongewenste fiscale gevolgen aanleiding geeft door deze wetswijziging, en dat is om het uitkeringsbeleid dermate af te stemmen dat er op geen enkele wijze enige uitkering door de STAK-BM wordt gefinancierd met meerwaarden van het inkomstenjaar X zélf. Volgens de hoger gemaakte analyse is het immers zo dat in dergelijk geval artikel 5/1, § 1, tiende lid WIB 1992 niet van toepassing is. In ieder geval, bij een regulier uitkeringsbeleid waarbij de inkomsten worden uitgekeerd aan de certificaathou-

ders in jaar X + 1, hoeft van deze problematiek geen sprake te zijn, daar in een dergelijk geval steeds de toepassing van artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992 zou kunnen worden ingeroepen waarbij de uitkeringen niet als dividend worden beschouwd. Uiteraard zal men bij de liquidatie van een dergelijke STAK-BM-structuur wel de nodige aandacht besteden aan de timing van de te verrichten uitkeringen zodoende dat latente meerwaarden op beleggingsposities – die *in se* onbelastbaar zijn via artikel 90, 1° WIB 1992 – niet in een onnodige heffing worden betrokken.

Deze vaststelling is overigens een mooie illustratie van de ongewenste neveneffecten die de kaaimantaks, die nooit bedoeld is geweest om gelden die worden gehouden door een burgerlijke maatschap te treffen, kan hebben in sommige omstandigheden.

D. Over fiscale consolidatie in hoofde van een particulier vermogen⁹⁷

De regels van de kaaimantaks 2.0 moeten ervoor zorgen dat elk inkomen dat door een juridische constructie wordt ontvangen effectief voor belastingheffing in hoofde van de oprichter in aanmerking komt, het weze bij wijze van fiscale transparantie, het weze bij wijze van dividend via artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992. In sommige concrete gevallen kan dit echter aanleiding geven tot ongewenste effecten. Stel dat een natuurlijke persoon die fiscaal kwalificeert als oprichter een geldlening opneemt bij de eigen vennootschap die kwalificeert als juridische constructie, dan wel die een geldsom heeft geleend van een trust dan wel een stiftung. In onze hypothese is deze geldlening rentedragend. Alsdan zou dat betekenen dat het rente-inkomen dat derwijze toekomt aan juridische constructie belastbaar zou zijn in hoofde van de oprichter op basis van artikel 5/1, § 1 WIB 1992. Met andere woorden zou de betrokken oprichter belasting verschuldigd zijn over de rente die hij zelf betaalt aan de juridische constructie. Wij kunnen ons niet van de indruk ontdoen dat zulks nooit de bedoeling kan zijn geweest.

Veeleer zou het zaak zijn om in een dergelijk geval een vorm van fiscale consolidatie toe te passen waarbij de vermogensbestanddelen van de juridische constructie *in fiscalibus* worden toegerekend aan de oprichter. Daar er zich in hoofde van de oprichter die de geldlening opneemt een schuld manifesteert, en in hoofde van de juridische constructie zelf een vordering, kan er alleszins geen gelijkstelling ontstaan met een uitkering volgens artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992. De kaaimantaks 2.0 voorziet echter nergens in een dergelijke bepaling die toelaat hiervoor een wettelijke grondslag te vinden.

De kaaimantaks is echter niet van toepassing over louter “bijgeschreven interest” daar artikel 5/1, § 1 WIB 1992 sowieso slechts van toepassing is op inkomsten “ontvangen”

96. Voor een kritische commentaar daaromtrent kan worden verwezen naar G.D. GOYVAERTS, “De gecertificeerde maatschap onderworpen aan de kaaimantaks”, *VIP* 2016, afl. 3, 46-50.

97. De auteur wenst collega Caroline Maes te bedanken voor haar verhelderende inzichten bij de totstandkoming van dit onderdeel.



door een juridische constructie, en niet op inkomsten die louter werden “toegekend” aan een juridische constructie. Het louter bijschrijven van interest in de boekhouding van een juridische constructie, zonder effectieve ontvangst noch betaling, is *an sich* dus niet voldoende om te komen tot een toepassing van artikel 5/1, § 1 WIB 1992⁹⁸. Maar wat indien de interesten wel effectief worden betaald? In dat geval dienen we nader te bekijken hoe interest *in fiscalibus* wordt beschouwd.

Overeenkomstig artikel 17, § 1, 2° WIB 1992 zijn interesten te beschouwen als opbrengsten van roerend vermogen en aldus als inkomsten van roerende goederen. Artikel 17, § 1 WIB 1992 voorziet in een limitatieve opsomming. Het stelsel van roerende inkomsten is immers te begrijpen als een “numerus clausus-systeem”, volgens hetwelk inkomsten die niet in één van de categorieën van artikel 17, § 1 WIB 1992 kunnen worden ondergebracht, niet belastbaar zijn als roerend inkomen⁹⁹. Artikel 19 WIB 1992 verduidelijkt verder wat onder “interest” dient te worden begrepen. In tegenstelling tot onder de regelgeving van het WIB 1964 wordt geen onderscheid meer gemaakt naar gelang de schuldenaar van de interest: in het algemeen zijn alle opbrengsten van leningen en gelddeposito's, van leningen van aandelen en van (alle andere) schuldvorderingen belastbaar (art. 19, § 1, 1° WIB 1992)¹⁰⁰.

In casu impliceert dit dat de vraag of de interest die door de oprichter aan de juridische constructie wordt betaald en op grond van de doorkijkbelasting *cf.* artikel 5/1, § 1, eerste en tweede lid, eerste streepje WIB 1992 onmiddellijk belastbaar wordt gesteld in hoofde van de oprichter, daadwerkelijk een belastbaar inkomen uitmaakt, dient te worden beoordeeld op grond van de “normale” toepasselijke wetsbepalingen ter zake, zijnde artikel 17, § 1, 2° *jo.* artikel 19, § 1, 1° WIB 1992.

Zoals vermeld is de fiscale definitie van het begrip “interest” op grond van artikel 19 WIB 1992 zeer ruim en omvat het alle opbrengsten van leningen en elke andere schuldvordering, ongeacht de benaming die de partijen aan de overeenkomst of aan de opbrengsten geven, ongeacht de aard van de vergoeding en ongeacht de overeengekomen betalingsmodaliteiten. Hoewel artikel 17, § 1 WIB 1992 verwijst naar “alle opbrengsten van roerend vermogen”, heeft het Hof van Cassatie reeds in 1930 verduidelijkt dat niet alle burgerlijke vruchten of interesten van roerende goederen worden beschouwd als (belastbare) inkomsten van roerende goederen, maar enkel de verrijking die ze voortbrengen, in het bijzon-

der de effectieve vermeerdering van het vermogen van de verkrijger van de interest¹⁰¹: “*Le législateur a imposé, sous le nom de revenus, non pas tous les fruits civils ou intérêts des capitaux mobiliers, mais la richesse qui est produite par eux à la suite d'une opération volontaire intervenue entre le débiteur des intérêts et le créancier, et qui accroît effectivement le patrimoine de ce dernier; (...).*”

Interest is immers de door de schuldenaar (i.e. “de leningnemer”) betaalde prijs voor het genot van het kapitaal. Omdat interest belastbaar zou zijn, moet hij dus ten laste zijn van de schuldenaar en een verrijking vormen in hoofde van de schuldeiser. *In casu* heeft de fictie van artikel 5/1, § 1, eerste en tweede lid, eerste streepje WIB 1992 tot gevolg dat *in fiscalibus* de schuldenaar en de verkrijger van de interest vereenzelvigd worden in één en dezelfde persoon, zijnde de oprichter. Bijgevolg is er geenszins sprake van een effectieve verrijking van het vermogen van de “verkrijger” zijnde de oprichter, gezien het feit dat de “verkrijger” ook zelf de schuldenaar is van de betaalde interest. Het betreft met andere woorden een (fiscale) nuloperatie.

We kunnen dan ook concluderen dat de door de oprichter “effectief betaalde” interest aan de juridische constructie, die tegelijk bij wijze van fictie op grond van artikel 5/1, § 1, eerste en tweede lid, eerste streepje WIB 1992 geacht wordt rechtstreeks door hem te zijn verkregen, niet begrepen wordt als zijnde een (belastbaar) inkomen van roerende goederen in de zin van artikel 17, § 1, 2° *jo.* artikel 19, § 1, 1° WIB 1992, daar er geen sprake is van een effectieve “verrijking” c.q. vermeerdering van het vermogen van de verkrijger. Gelet op het limitatief karakter van artikel 17, § 1 WIB 1992 kan de interest evenmin op grond van een andere wettelijke bepaling als een te belasten inkomen worden gekwalificeerd.

Derwijze zou de verschaft geldlening ook renteloos kunnen worden toegekend aangezien er zich sowieso geen inkomen manifesteert dat vervolgens in hoofde van een juridische constructie wordt ontvangen. Vraag is dan vervolgens of er zich enig voordeel van alle aard zou kunnen manifesteren in hoofde van de oprichter, dan wel “begunstigde” van de renteloze lening? In het kader van een geconsolideerde aanpak kan er uiteraard in hoofde van de oprichter geen sprake zijn van enig voordeel van alle aard, dit in het licht van de hoger uiteengezette redenering. Dit werd overigens reeds impliciet door de Rulingcommissie bevestigd in twee beslissingen ten aanzien van de gratis terbeschikkingstelling van onroerend goed¹⁰². Rest de vraag of dit ook het geval is ten aanzien van een “derde begunstigde”?

98. G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks, een kritische beschouwing”, *TFR* 2015, nr. 490-491, p. 900; A. BIESMANS, “Trusts, *quo vadis*” in B. PEETERS (ed.), *Liber Amicorum Rik Deblauwe*, Herentals, Knops Publishing, 2018, p. 46. Zie nochtans de passage in het jaarverslag van de Dienst Voorafgaande Beslissingen 2017 op p. 29 (www.ruling.be/nl/downloads/jaarverslag-2017) terzake de niet-aanvaardde verrichtingen (ingetrokken aanvragen) waar een andere stelling wordt aangehaald: “*Wat betreft de niet-betaalde en gekapitaliseerde interest op de leningen en de kwijtschelding hiervan moet er van uit gegaan worden dat deze interest wel degelijk op een rekening bij de Ltd. verschijnt. De rente moet aldus belast worden ongeacht of ze ontvangen werd of niet. Bijgevolg is er een heffing op inkomsten die niet worden verkregen door de Ltd. want ook niet betaald door de ontleners.*” Dit standpunt, wat manifest in strijd is met de tekst van de wet (zie art. 5/1, § 1, eerste lid WIB), kan uiteraard geenszins worden bijgetreden. Men kan zich overigens afvragen wat de ‘rechtswaarde’ is van een passage in het jaarverslag die verwijst naar een niet genomen beslissing waarbij door de aanvrager aan de rulingaanvraag werd verzaakt, en waarbij het interne overleg dat ermee gepaard is gegaan ‘geheim’ is.

99. TIBERGHEN (ed.), *Manuel de Droit Fiscal 2016-2017*, deel 1, Waterloo, Wolters Kluwer, 2017, 90.

100. TIBERGHEN (ed.), *Manuel de Droit Fiscal 2016-2017*, deel 1, Waterloo, Wolters Kluwer, 2017, 104.

101. Cass. 3 november 1930, *Pas.* 1930, I, p. 350.

102. Ruling nr. 2016.569 en ruling nr. 2016.571.



In het kader van uitkeringen door stichtingen werd reeds meermaals door de Rulingcommissie bevestigd dat er geen belastbaar voordeel ontstaat bij gebreke van inkomstencategorie waarin een dergelijk voordeel zou kunnen worden gecatalogeerd¹⁰³. Hetzelfde principe dient dan uiteraard te gelden indien een vergelijkbare entiteit zou kwalificeren als juridische constructie voor toepassing van de kaaimantaks. Alleen uitkeringen in de zin van artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 kwalificeren als dividenden. De kwalificatie als “voordeel van alle aard” kan alleen worden behouden in het kader van beroepsinkomsten zoals voorzien bij artikel 36 WIB 1992 (jo. art. 18 KB/WIB 1992). Er is daartoe echter geen bepaling voorzien in het kader van de juridische constructies. De enige bepaling die daartoe in de kaaimantaks zou kunnen worden ingeroepen is de verwijzing in de oude definitie van “derde begunstigde” (art. 2, § 1, 14°/1 WIB 1992 zoals opgeheven door art. 86, 4° van de wet van 25 december 2017) en in negatieve zin in de definitie van erfgenaam – oprichter zoals voorzien in artikel 2, § 1, 14°, derde streepje WIB 1992. Nergens werd overigens in het kader van de kaaimantaks bepaald hoe het woord “voordeel” diende te worden gezien in de betekenis van “uitkering”¹⁰⁴.

De wet van 25 december 2017 heft zoals hoger reeds gezegd de definitie van het begrip derde begunstigde volledig op alsmede alle bepalingen die daarnaar verwijzen. Het logisch gevolg daarvan is dat een “uitkering” alléén kan worden gevat onder artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 en aldaar wettelijk wordt gedefinieerd als dividend. Dit impliceert uiteraard niet dat “derde begunstigten” voortaan onbelaste uitkeringen zouden kunnen verkrijgen, wel integendeel, en de *memorie van toelichting* is daarover zeer duidelijk¹⁰⁵: “De verwijdering van deze definitie heeft geenszins tot gevolg dat deze derde begunstigten niet meer zullen worden belast op de inkomsten die zij verkrijgen uit de juridische constructie. De wijzigingen die in dit ontwerp worden voorgesteld hebben immers niet alleen tot doel om de doorkijkbenadering enkel in hoofde van de oprichter van de juridische constructie toe te passen, maar beogen eveneens de kwalificatie van uitkeringen van juridische constructies aan gelijk welke belastingplichtige als roerende inkomen mogelijk te maken.”

De logische gevolgtrekking daaruit is echter dat de wetgever binnen het concept van de kaaimantaks de eerdere logica die werd gevolgd door het oude ondertussen opgeheven artikel 5/1, § 2 WIB 1992 dat voorzag in de transparante taxatie in hoofde van een derde begunstigde, heeft verlaten, en voluit heeft geopteerd voor een taxatie als dividend bij uitkering. Ter zake deze uitkeringen zoals gedefinieerd door

het aangepaste artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 is er echter van enig voordeel van alle aard dan wel van “toegekende voordelen” geen sprake.

Evenwel, ofschoon de fiscale categorie der derde begunstigten werd opgeheven, is de verwijzing naar “enig voordeel” wel bewaard gebleven in artikel 307, § 1/1, c) WIB 1992 betreffende de verplichting tot aangifte van het bestaan van een juridische constructie. Deze aangepaste tekst luidt als volgt: “c) het bestaan van een juridische constructie waarvan de belastingplichtige, zijn echtgenoot of de kinderen waarover hij het ouderlijk gezag uitoefent overeenkomstig artikel 376 van het Burgerlijk Wetboek, hetzij een oprichter van de juridische constructie is, hetzij tijdens het belastbaar tijdperk een dividend of op het even welke wijze enig ander voordeel van een juridische constructie heeft verkregen.”

Doch ook in deze context dient het woord “enig ander voordeel” bijvoeglijk te worden geïnterpreteerd daar het niet de bedoeling is geweest van de wetgever om de toepassings sfeer van de wet te wijzigen. Ook dit wordt met zoveel woorden door de *memorie van toelichting* bevestigd¹⁰⁶: “De overige wijzigingen die in dit artikel worden voorgesteld hebben tot doel om elke verwijzing naar de term derde begunstigde op te heffen. Aangezien dit ontwerp niet beoogt om wijzigingen aan te brengen aan het toepassingsgebied van de in het artikel 307, § 1, vierde, negende en tiende lid WIB 1992, voorziene aangifteplicht wordt de verwijzing naar een belastingplichtige die een derde begunstigde is van een juridische constructie vervangen door een verwijzing naar een belastingplichtige die een dividend of op het even welke wijze enig ander voordeel van een juridische constructie heeft verkregen.”

Rest dus de vraag of een dergelijk “enig ander voordeel” in hoofde van een “derde verkrijger” kan worden beschouwd als zijnde een uitkering in natura dan wel een indirecte uitkering, om zodoende te kunnen worden verheven tot de fiscale kwalificatie als dividend zoals bedoeld in artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992. In ieder geval dienen we ons wat dat betreft – en binnen het kader van de kaaimantaks – te beperken tot de sfeer van de roerende inkomsten. Om deze vraag te beantwoorden is het dus nodig na te gaan wat wordt verstaan onder “toekenning of betaling”, zijnde de geijkte termen binnen de sfeer van de roerende inkomsten. De oplossing ligt hier in de lezing van artikel 267 WIB 1992 jo. artikel 261 WIB 1992. Artikel 267 WIB 1992 betreft de opeisbaarheid van de roerende voorheffing bij toekenning of betaalbaarstelling van roerende inkomsten¹⁰⁷. In dit verband betreft het uitsluitend bepaalde goederen die werden overge-

103. Hier kan bv. worden verwezen naar ruling nr. 2016.644.

104. G.D. GOYVAERTS, “De Kaaimantaks, een kritische beschouwing”, TFR 2015, nr. 490-491, p. 893.

105. *Parl.St.* Kamer 2017-18, 6 november 2017, Doc. 54-2746/001, p. 30.

106. *Parl.St.* Kamer 2017-18, 6 november 2017, Doc. 54-2746/001, p. 40.

107. Art. 261 in fine WIB 1992: “Behoudens in het geval bedoeld in artikel 268, moeten de in het eerste lid vermelde belastingplichtigen: de roerende voorheffing inhouden op de belastbare inkomsten die in geld zijn toegekend of betaalbaar gesteld;

zich, op welke manier ook, het bedrag van de verschuldigde roerende voorheffing op die inkomsten doen overhandigen in geval van toekenning of betaalbaarstelling onder de vorm van goederen in natura.”

Art. 267 WIB 1992: “De toekenning of de betaalbaarstelling van de inkomsten, in geld of in natura, brengt de opeisbaarheid van de roerende voorheffing mede. Als toekenning wordt inzonderheid beschouwd: de inschrijving van een inkomen op een ten bate van de verkrijger geopende rekening, zelfs als die rekening onbeschikbaar is, mits de onbeschikbaarheid het gevolg is van een uitdrukkelijke of stilzwijgende overeenkomst met de verkrijger”.



dragen aan de belastingplichtige, goederen andere dan geldsommen, zoals bijvoorbeeld aandelen of een vordering. Het betreft hier alleszins geen “voordelen” uit betalingen die door de juridische constructie zouden zijn gedaan ten behoeve van de begunstigde van het voordeel. Dergelijke “voordelen in natura” kunnen in deze artikelen, die louter de roerende inkomsten betreffen, niet worden gevat. Daartoe dient de fiscus beroep te doen op artikel 36 WIB 1992 en de bepalingen van de beroepsinkomsten. Het verstrekken van een renteloze lening kan onder deze bepalingen binnen de sfeer van de roerende inkomsten, dewelke de enige is die door artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 kan worden beoogd, dus geenszins worden gevat.

Uiteraard dient in deze weerom voorbehoud te worden gemaakt voor de toepassing van de artikelen 344/1 WIB 1992 *jo.* 344, § 1 WIB 1992. Het valt immers te verwachten dat de fiscus van mening zou kunnen zijn dat diverse betalingen gedaan door een juridische constructie ten behoeve van een derde verkrijger, zoals bijvoorbeeld betalingen van huurgelden, belastingen of enige andere facturen opgesteld op naam van een derde verkrijger, zouden kunnen worden beschouwd als fiscaal misbruik teneinde de fiscale kwalificatie als dividend bij de directe uitkering van een geldsom te omzeilen. Anderzijds is het de vraag of er wel sprake kan zijn van misbruik daar het meestal nu net binnen het statutaire doel van een trust of stichting ligt om dergelijke voordelen aan de begunstigden te verschaffen. Men kan moeilijk voorhouden dat een entiteit die louter handelt binnen haar maatschappelijk doel, het wezen als trust het wezen als stichting, een intentie tot misbruik zou kunnen hebben indien zij bepaalde bestedingen ten gunste van haar begunstigden rechtstreeks aan een dienstvertrekker betaalt.

In ieder geval kunnen wij ons niet van de indruk ontdoen dat het verschaffen van een renteloze lening in genen delen onder deze kwalificatie zou kunnen vallen, wat ons meteen terugbrengt bij de aanhef van dit hoofdstukje over de consolidatie van vermogen binnen de rechtssfeer van de oprichter en zijn juridische constructie.

E. Over de taxatie in hoofde van derde begunstigden bij uitkeringen uit trusts en het adagium “exemption vaut impôt”

Hoger in deel I., D. zijn we reeds tot de merkwaardige vaststelling gekomen dat de belastbaarheid van een uitkering aan een willekeurige derde niet los gezien kan worden van de historiek van de opbouw van het vermogen in de juridische constructie. Tevens hebben we er op gewezen dat de fiscale

transparantie binnen de kaaimantaks gewijzigd is door de wet van 25 december 2017 naar een systeem van onvolkomen fiscale transparantie, waarbij de willekeurige derde (de vroegere “derde begunstigde”) van deze fiscale transparantie werd uitgesloten door de opheffing van het bestaande artikel 5/1, § 2 WIB 1992.

Wat de belastingheffing betreft zegt de *memorie van toelichting* daartoe zeer duidelijk¹⁰⁸: “Alle inkomsten die niet via de doorkijkbelasting werden belast en toch door een juridische constructie op één of andere wijze aan de oprichters of aan andere rijksinwoners of aan de rechtspersonenbelasting onderworpen rechtspersonen worden uitgekeerd zullen, met uitzondering van de in de juridische constructie ingebrachte activa als dividend worden aangemerkt en overeenkomstig worden belast.” De stelligheid waarmee in de *memorie van toelichting* wordt verwezen naar de doorkijkbelasting als enige mogelijke belasting die tot vrijstelling aanleiding zou kunnen geven is opmerkelijk.

Men gaat in de voormelde passage voorbij aan de these dat een vrijstelling gelijk staat met een belasting, principe dat tevens door de Rulingcommissie in beslissing nr. 2016.623 nadrukkelijk werd bevestigd¹⁰⁹. Ook de *memorie van toelichting* bij de wet van 10 augustus 2015 liet wat dat betreft niet de minste twijfel bestaan. Het lijkt dan ook redelijk om te veronderstellen dat voormelde passage in de *memorie van toelichting* aan dat principe geen afbreuk mag doen¹¹⁰. Het is echter de vraag of binnen het concept van kaaimantaks 2.0 het adagium “*exemption vaut impôt*” ook kan worden ingeroepen door de willekeurige derde ontvanger van een uitkering door een juridische constructie. De *memorie van toelichting* schijnt dat in al haar gestrengheid te willen uitsluiten. Niets is echter minder waar. We illustreren dat hierna met een voorbeeld.

Veronderstel een trust heeft als enig activum een belangrijke participatie en verder een schuld aan een financiële instelling. De income account van de trust is volledig leeg, er zijn dus geen oude reserves. In de loop van het jaar 2018 verkoopt de trustee de participatie en realiseert daarbij een belangrijke meerwaarde van 5.000.000 EUR. De oprichter Belgische rijksinwoner is uiteraard over het aanslagjaar 2019 over deze meerwaarde geen belasting verschuldigd daar hij zich genoegzaam kan beroepen op de vrijstelling die hem wordt geboden via artikel 90, 1° WIB 1992. Daar niets nieuws. In de loop van het jaar 2021 beslist de trustee om een uitkering te doen aan het nichtje van de oprichter, dit om haar studies te betalen ten belope van een bedrag van 250.000 EUR. De vraag stelt zich nu of het nichtje over deze 250.000 EUR op grond van artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 enige belasting verschuldigd is. Wij denken van niet en dit om de volgende

108. *Parl.St.* Kamer 2017-18, 6 november 2017, Doc. 54-2746/001, p. 30.

109. Voorafg. Besl. nr. 2016.623 d.d. 18 oktober 2016: De heer X, als aandeelhouder van Y (Bermuda) Limited, neemt deel in een juridische constructie als bedoeld in artikel 2, 13°, b) WIB 1992. De meerwaarde die door Y (Bermuda) Limited bij de verkoop van de aandelen van de vennootschap Z (Luxemburg) Sprl in 2015 werd gerealiseerd, moet geacht worden door de heer X zelf te zijn verzeijlijkt (art. 5/1, § 1, eerste lid WIB 1992). De meerwaarde is niet aan belasting onderworpen vermits ze werd verzeijlijkt in het kader van een normaal beheer van een privévermogen (art. 90, 9° WIB 1992). De uitkeringen die naar aanleiding van de inkoop van eigen aandelen door Y (Bermuda) Limited nog moeten plaatsvinden zijn niet belastbaar in de mate dat zij voortkomen uit voormelde meerwaarden (art. 21, 12° WIB 1992).

110. Voor een recente toepassing van het adagium, zie Bergen 3 juni 2015, *Fiscoloog (l.)* 2015, nr. 383, p. 11.



reden. Fiscaal gezien dient de uitkering te worden aangerekend op de oudste reserves, zijnde de belastingvrije meerwaarde. Deze belastingvrije meerwaarden heeft haar belastingregime in België reeds ondergaan, dit wil zeggen vrijgesteld, in hoofde van de oprichter die in België woont. In die zin is voldaan aan de regel van artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992 *jo.* artikel 21, tweede lid WIB 1992. Het nictje kan het tegenbewijs leveren dat de aan haar gedane uitkering op grond van beide voornoemde bepalingen niet kwalificeert als een dividend. Uiteraard dient dezelfde analyse te gelden indien de juridische constructie een buitenlands oprichter heeft. Of de oprichter in België belastingplichtige is, of een buitenlandse belastingplichtige is, al dan niet in een verdragsland, maakt voor het onderliggende inkomen enerzijds en voor de fiscale positie van de begunstigde – volgens de tekst van de wet – naar onze visie althans, niet uit (*zie infra* deel II, F.).

De these die op diverse plaatsen wordt geponneerd in de *memorie van toelichting* dat uitkeringen uit trusts voortaan aan belasting zullen worden onderworpen, is dus helemaal niet in alle gevallen juist. Het hangt er allemaal gewoon vanaf met welke gelden de uitkering wordt gefinancierd en hoe de fiscale toerekening dient te gebeuren, mede in acht genomen de anterioriteitsregel zoals hoger toegelicht (*zie* deel I, D.). Uiteraard zou het nictje wel aan belasting onderworpen geweest zijn, tenminste in de visie van de fiscus, indien er zich nog oude onbelaste reserves in de trust zouden hebben bevonden. Daarbij kunnen we echter niet om de vaststelling heen dat de willekeurige derde begunstigde van de trust op geen enkele wijze kan geacht worden enige kennis van noch invloed over de samenstelling van het vermogen van de juridische constructie te hebben. Het loutere feit van het verkrijgen van een uitkering uit een trust is dus op zich onvoldoende om te weten als begunstigde of deze uitkering belastbaar is of niet. Dit is een zeer merkwaardige vaststelling die de grenzen van het legaliteitsbeginsel raakt.

Nu zou de wetgever hieraan uiteraard kunnen remediëren door een bepaling in de wet in te schrijven die deze redenering fnuikt, maar dan doet men natuurlijk wel afbreuk aan de these dat de kaaimantaks nooit tot dubbele belasting mag leiden. Het wordt immers binnen de systematiek van de kaaimantaks nergens betwist dat een uitkering die door een juridische constructie gebeurt ten gunste van oprichter, waarbij deze gefinancierd wordt door reeds belaste inkomsten, dan wel reeds vrijgestelde inkomsten, dat er dan bij uitkering geen additionele belasting meer verschuldigd is. Dit staat met zoveel woorden in artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992 *jo.* artikel 5/1, § 1, vijfde lid WIB 1992. De samenlezing van deze bepalingen is uiteraard tevens van toepassing op (de niet langer in de wet omschreven) derde begunstigden, en niet alleen op oprichters.

F. Over vroegere belasting betaald door een niet-rijksinwoner bij uitkeringen uit trusts

Verder dient de vraag te worden opgeworpen of een belasting betaald door een niet-rijksinwoner tevens van aard kan zijn om artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992 in te roepen (*zie infra*). In het kader van de toepassing van de dubbelbelastingverdragen is deze vraag immers verre van theoretisch. Ook in deze kan een voorbeeld enige verheldering scheppen. Hernemen we de casus van de oprichter van een Canadees trust die vanuit Canada naar België emigreert en hier enige jaren als rijksinwoner wordt belast. Volgens het Canadees fiscaal recht¹¹¹ worden inkomsten die toekomen aan trusts in Canada aan belasting onderworpen, waarbij het irrelevant is of er door de trust uitkeringen gebeuren aan een Canadees rijksinwoner ja dan nee. Eventuele uitkeringen achteraf aan een Canadees rijksinwoner zijn dan vervolgens vrijgesteld van belasting. Indien er uitkeringen gebeuren aan een niet-Canadees rijksinwoner dan geldt een bronbelasting van 25%, eventueel verminderd volgens de toepasselijke bepalingen van een dubbelbelastingverdrag. Ter zake het Belgisch-Canadees dubbelbelastingverdrag zou een uitkering door een trust aan een Belgische rijksinwoner nog onderworpen zijn aan een belasting van 15% (art. 21, 2. DBV). *In casu* stelt zich dus de vraag of de belasting die in Canada werd geheven, vermeerderd met de door Canada ingehouden bronheffing van 15%, kan worden in aanmerking genomen als basisbelasting onder toepassing van artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992.

Indien we de vergelijking maken met een offshore vennootschap stelt zich geen bijzonder probleem. Dividenden die worden uitgekeerd door vennootschappen, inclusief offshore vennootschappen, zijn sowieso belastbaar op grond van artikel 18, eerste lid, 1° WIB 1992. Daarbij is de onderliggende eventueel geheven belasting die werd opgelegd aan de vennootschap zelf irrelevant. Om dergelijke dividenden te belasten was de kaaimantaks niet eens nodig.

Uitkeringen door trusts en stichtingen zijn echter op basis van kaaimantaks 2.0 onderworpen aan een heffing op basis van artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 en worden slechts bij fictie gelijkgesteld met dividenden. Daarbij specificeert artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 in zijn aanhef dat het artikel alleen betrekking heeft op uitkeringen andere dan deze bedoeld in artikel 18, 1°, 2°, 2°bis en 2°ter WIB 1992. Deze bepalingen hebben allemaal betrekking op uitkeringen door vennootschappen, en kunnen niet worden toegepast op uitkeringen door trusts of stichtingen.

Vanuit de basisfilosofie van de kaaimantaks worden alleen die entiteiten als juridische constructies beschouwd indien er geen minimumbelasting van 15% – volgens de naar Belgische normen bepaalde belastbare grondslag – ten grondslag ligt. Die bepaling wat betreft de onderliggende minimumbelasting is echter alléén van toepassing op juridische constructies type 2. Dat is logisch voor zover alleen uitkerin-

111. Let wel, voor Québec gelden ettelijke andere regels.



gen uit juridische constructies type 2 aan belasting zijn onderworpen. Door de wijziging door de kaaimantaks 2.0 werden ook voortaan vanaf 17 september 2017 uitkeringen door juridische constructies type 1 aan belasting onderworpen *cf.* de aangepaste tekst van artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992. Het gevolg hiervan is als volgt:

- uitkering uit een trust als juridische constructie type 1: steeds principieel belastbaar, eventueel vrijstelling op basis van artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992;
- uitkering uit een vennootschap die kwalificeert als een juridische constructie type 2a: steeds principieel belastbaar, eventueel vrijstelling op basis van artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992 (waarbij het irrelevant is of de uitkering als dividend wordt beschouwd op basis van artikel 18, eerste lid, 1° WIB 1992 dan wel op basis van artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992);
- uitkering uit een stiftung die kwalificeert als een juridische constructie type 2b: steeds principieel belastbaar, eventueel vrijstelling op basis van artikel 21, eerste lid, 12° WIB (waarbij het irrelevant is of de uitkering als dividend wordt beschouwd op basis van art. 18, eerste lid, 1° WIB 1992 dan wel op basis van art. 18, eerste lid, 3° WIB 1992);
- uitkering uit een stiftung die niet kwalificeert als een juridische constructie type 2b daar zij onderworpen is aan een onderliggende belasting van minstens 15%: niet belastbaar.

Wij stellen dus vast dat door de ongeclausuleerde uitbreiding van artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 naar uitkeringen door trusts, er een intrinsieke onrechtvaardigheid in de kaaimantaks is geslopen. Met de buitenlandse belasting verschuldigd over inkomsten aan trusts wordt op geen enkele wijze rekening gehouden, waar dit bij stiftungen wél het geval is. In die zin ware het dan ook veel logischer geweest dat het speciale “dividendartikel” voor stiftungen zou geschrapt geweest zijn en uitkeringen door trusts én stiftungen belastingvrij waren gebleven¹¹².

Keren we nu terug naar ons voorbeeld van de Canadese trust. Rekening houdende met de onderliggende Canadese belasting die werd betaald, lijkt het logisch dat de desbetreffende trust niet als een juridische constructie zou mogen worden beschouwd. Op grond daarvan zouden de uitkeringen dan ook als niet belastbaar moeten worden gekwalificeerd. Dat is echter op basis van de tekst van de wet niet het geval, en uitkeringen uit trusts zullen steeds principieel belastbaar zijn, los van het feit of er een onderliggende belasting van 15% of meer over de vergelijkbare Belgische belastbare grondslag werd betaald of niet. Hier stellen we dus een discriminatie vast tussen uitkeringen uit trusts (juridische constructie type 1) en uitkeringen uit stiftungen (juridische constructie type 2b).

Hieraan kan eenvoudig worden geredigeerd door in een bijkomende bepaling te voorzien op grond waarvan de 15%-regel van artikel 2, § 1, 13°, b) WIB 1992 dient te worden

uitgebreid naar artikel 2 § 1 13° a) WIB en waarbij dezelfde regel die wordt voorzien in artikel 5/1, § 3, a) WIB 1992 tevens van toepassing dient te worden verklaard voor de juridische constructies bedoeld in artikel 2, § 1, 13°, b) WIB 1992. Het komt ons dan ook voor dat indien de wetgever deze wetswijziging niet voorziet, een uitkeringsgerechtigde van een trust die zich kan beroepen op het vrij verkeer van kapitaal (bv. een UK-trust) dan wel een dubbelbelastingverdrag, zich in voorkomend geval zal kunnen beroepen op een schending van het legaliteitsbeginsel.

G. Over de beweerdelijke (niet-)belastbaarheid bij uitkering van de “oudste reserves”

Hoger in deel I., I. hebben we reeds uitvoerig stilgestaan bij de anterioriteitsregel en de daaraan ten grondslag liggende motivering zoals deze blijkt uit de *memorie van toelichting*. Door de invoering van de anterioriteitsregel in artikel 5/1, § 1, derde lid WIB 1992 *jo.* artikel 21, tweede lid WIB 1992 is het immers de nadrukkelijke bedoeling van de regering geweest om opgepotte reserves uit een ver verleden te gaan belasten bij uitkering (waar ook in de keten). Dit blijkt nadrukkelijk uit het verslag: “*De historisch vergaarde inkomsten in deze constructies zullen voortaan kunnen belast worden in het geval van een uitkering. Dit zal een belangrijke budgettaire impact hebben rekening houdend met de omvangrijke kapitaaleigendommen die, in de loop van de jaren, in dergelijke constructies werden opgebouwd*”¹¹³.

We stellen ons echter de vraag of historisch opgebouwde winst en reserves in een toentertijd fiscaal onbelaste entiteit zoals een trust of stiftung überhaupt belastbaar zijn bij uitkering anno 2018. Men kan immers perfect de redenering opbouwen dat deze inkomsten in het verleden reeds hun finaal belastingregime hebben ondergaan. In die zin zouden deze historische reserves in een trust, en ook in een stiftung, kwalificeren als belaste reserves voor toepassing van artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992. Trusts en stiftungen waren immers essentieel onbelaste entiteiten tot en met 31 december 2014 waardoor al het vermogen dat in deze entiteiten werd opgebouwd zijn finaal belastingregime heeft ondergaan tot en met het aanslagjaar 2015. Daartoe kan verwezen worden naar de toepassing van artikel 344, § 2 WIB 1992 en de desbetreffende rechtspraak waaraan een verjaringstermijn is gekoppeld van 3 jaar volgens artikel 345 WIB 1992. Deze verjaringstermijn is anno 2018 finaal verstreken.

We kunnen dit nog het best illustreren aan de hand van een eenvoudig voorbeeld. Stel een trust heeft twee belastingvrije meerwaarden gerealiseerd, de ene in het jaar 2016 en de andere in het jaar 2013. Indien we de these van de minister volgen zoals deze blijkt uit de *memorie van toelichting*, dan zou dat betekenen dat indien de trust uitkeringen doet, deze belastbare dividenden uitmaken op grond van artikel 18,

112. Zie in die zin tevens A. BIESMANS, “Trusts, *quo vadis*” in B. PEETERS (ed.), *Liber Amicorum Rik Deblauwe*, Herentals, Knops Publishing, 2018, p. 53.

113. *Parl.St.* Kamer 2017-18, 13 december 2017, Doc. 54-2746/016, p. 26.



eerste lid, 3° WIB 1992. Het zal er echter van afhangen op welke onderliggende winsten deze dividenden worden aangerekend om de belastbaarheid ervan finaal te beoordelen.

- In de mate dat deze uitkering *in fiscalibus* kan worden aangerekend op de belastingvrije meerwaarde ontvangen in het jaar 2013, dan zou deze niet kwalificeren voor de toepassing van artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992.
- In de mate waarin de uitkering kan worden aangerekend op de belastingvrije meerwaarde ontvangen in het jaar 2016, zou dit wel het geval zijn.

Dit is een vrij duidelijk voorbeeld waarbij meteen blijkt dat de these van de minister op zijn minst ernstig in vraag kan worden gesteld. Het spreekt voor zich dat beide uitkeringen, belastingvrij behoren te zijn. De onderliggende transactie is immers net dezelfde, er is geen enkel onderscheid¹¹⁴. Volgens Biesmans tast dit onderscheid het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel aan¹¹⁵.

Wat de inkomsten betreft die door de trust werden ontvangen uiterlijk 31 december 2014, vooraf aan de invoering van de kaaimantaks, hebben al deze inkomsten in hoofde van een Belgische oprichter, hun finaal belastingregime ondergaan. Dit geldt uiteraard ook voor stichtingen die aan een gelijkwaardige regelgeving zijn onderworpen.

Bovendien dient hier te worden gewezen op eventuele andere gronden tot belastingheffing die al dan niet van toepassing zouden kunnen zijn geweest ter zake de desbetreffende trust of stichting. Hiertoe kan dan worden verwezen naar de discussie met betrekking tot het discretionaire karakter van de desbetreffende entiteit. Deze problematiek werd echter al zeer uitvoerig in de doctrine behandeld, ook ter zake de kaaimantaks¹¹⁶. Immers de *memorie van toelichting* bij de wet van 10 augustus 2015 vermeldt heel duidelijk dat het de bedoeling was van de kaaimantaks om inkomsten belastbaar te stellen die voorheen niet belastbaar waren. Het was daarbij volgens de *memorie van toelichting* immers “niet de bedoeling om de juridische constructies op zich te verbieden, maar enkel de fiscale voordelen te neutraliseren door transparantie te creëren, het bestaande heffingsvacuüm te verhelpen en de mogelijkheid van onbelast zwevend vermogen te beëindigen”¹¹⁷.

Uit deze toelichting, en uit alle doctrine die sedertdien werd gepubliceerd¹¹⁸, blijkt duidelijk dat er voorafgaandelijk aan 1 januari 2015 een heffingsvacuüm bestond, en dat de desbetreffende inkomsten met andere woorden niet belastbaar wa-

ren. Aangezien er geen sprake kon zijn van enige fiscale fraude, daar er géén belasting was verschuldigd, hadden die inkomsten dus hun finale belastingregime ondergaan. De these dat de wetgever deze “reeds finaal belaste *c.q.* vrijgestelde inkomsten” bij uitkering in de belasting wil betrekken kan dan ook sterk worden bekritiseerd. Door deze interpretatie naar voor te schuiven als de enige juiste poneert de regering immers een retroactieve toepassing van een latere belastingwet op eerder belaste *c.q.* vrijgestelde inkomsten. In die zin is de huidige tekst van artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992 niet toereikend om tot een vrijstelling te komen, en al zeker niet in samenlezing met het nieuwe tweede lid van artikel 21 WIB 1992. We kunnen ons dus niet van de indruk ontdoen dat er in de praktijk ernstige bezwaren kunnen rijzen tegen de interpretatie zoals de regering die voorstaat en dat het zaak zal zijn om in concrete gevallen stelling in te nemen tegen deze interpretatie¹¹⁹. Zeker binnen een EU- dan wel EER-context lijkt het aangewezen om tegen een eventueel opgelegde belastingaanslag bezwaar in te dienen en in voorkomend geval zich te wenden tot de rechter en het Europees Hof dan wel het EVA-Hof.

Wij zijn dus van mening dat ter zake uitkeringen door trusts en stichtingen in de mate dat deze worden gefinancierd met bedragen die werden ontvangen uiterlijk per 31 december 2014, dat daarvan kan worden geargumenteed dat deze tevens kwalificeren als bedragen die hun belastingregime in België hebben ondergaan en dit op basis van artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992 *jo.* artikel 5/1, § 1, tweede lid, tweede streepje WIB 1992. Het spreekt voor zich dat deze stelling in strijd is met de bewoordingen van de *memorie van toelichting* en met de bedoeling van de wetgever. Dat zal dan ook zeer onwaarschijnlijk zijn zo men een voorafgaande beslissing zal kunnen bekomen bij de Rulingcommissie waarin dit standpunt wordt bevestigd. De sportieve en intellectueel gemotiveerde belastingplichtige zal echter, na bezwaar tegen de eigen aangifte, een dergelijke casus graag voorleggen aan de fiscale rechter om na te gaan in welke mate de Belgische overheid bij machte is geweest om over inkomsten waarvan de minister zelf in de voorbereidende werken bij de wet van 10 augustus 2015 met grote stelligheid heeft beweerd dat deze inkomsten niet belastbaar waren voorafgaandelijk aan het invoeren van de kaaimantaks¹²⁰. Verwijzende naar wat we hoger hebben geschreven over het *adagium* “*exemption vaut impôt*” lijkt mij dit zeker een nader uit te werken piste in een concreet geval.

114. Voor een gelijkaardig voorbeeld gekoppeld aan de waarde van het ingebrachte vermogen kan worden verwezen naar A. BIESMANS, “Trusts, *quo vadis*” in B. PEETERS (ed.), *Liber Amicorum Rik Deblauwe*, Herentals, Knops Publishing, 2018, p. 51-52. Deze auteur stelt duidelijk en terecht vragen bij de hele wettelijke systematiek die door de wetswijziging in de kaaimantaks is geslopen waarbij volgens deze auteur “de logica helemaal zoek is”.

115. A. BIESMANS, “Trusts, *quo vadis*” in B. PEETERS (ed.), *Liber Amicorum Rik Deblauwe*, Herentals, Knops Publishing, 2018, p. 52.

116. Voor een overzicht omtrent deze discussie, zie G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks, een kritische beschouwing”, *TFR* 2015, nr. 490-491, p. 871 tot 877 over de symbiose van de kaaimantaks met andere transparantieregimes en andere toepassingen *c.q.* misbruikbepalingen.

117. *Parl.St.* Kamer 2014-15, 1 juni 2015, Doc. 54-1125/001, p. 29.

118. Voor een volledig overzicht kan worden verwezen naar TIBERGHEN (ed.), *Handboek Fiscaal Recht 2017-2018*, Mechelen, Kluwer, 2017, randnr. 12000.

119. Ook Biesmans klaagt op p. 53 van haar eerder geciteerde bijdrage deze retroactiviteit aan.

120. *Parl.St.* Kamer 2014-15, 1 juni 2015, Doc. 54-1125/001, p. 29: “Het is hierbij niet de bedoeling om de juridische constructies op zich te verbieden, maar enkel de fiscale voordelen te neutraliseren door transparantie te creëren, het bestaande heffingsvacuüm te verhelpen en de mogelijkheid van onbelast zwevend vermogen te beëindigen.”



H. Over de kapitaalwaarde van een juridische constructie en de nieuwe tekst van artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992

Een bijzonder aandachtspunt van de kaaimantaks dat vooral in het kader van vereffeningen aan bod komt is dat van de kapitaalwaarde van een juridische constructie. Dit staat uiteraard volledig in verband met de nieuwe tekst van het artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 die nu verwijst naar uitkeringen “die het vermogen van de juridische constructie (niet) doen dalen beneden het door de oprichter ingebrachte vermogen”. Het is dit door de oprichter ingebrachte vermogen – en de waardering ervan – dat centraal staat in de vraag naar de kapitaalwaarde van een juridische constructie. Daarbij moeten verschillende punten worden belicht:

- het gebruik van het begrip “activa” in de Nederlandstalige tekst vs. “*montants des avoirs*” in de Franstalige tekst;
- de schrapping van de notie “op vergeldende wijze”;
- de intrinsieke tegenstrijdigheid tussen enerzijds de notie “het door de oprichter ingebrachte vermogen” en anderzijds de notie “in België hun belastingregime hebben ondergaan” van artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992;
- het gebruik van het begrip “vermogen” in de Nederlandstalige tekst vs. “*capitaux*” in de Franstalige tekst.

1. “Activa” vs. “*montants des avoirs*”

De nood aan een wetwijziging gaat blijkbaar terug op een verschil dat bestaan heeft tussen de Nederlandstalige en Franstalige tekst in de vorige versie van artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992. In de Nederlandstalige versie werd verwezen naar “de door de oprichter ingebrachte activa” terwijl in de Franstalige versie werd verwezen naar “*le montant des avoirs apportés*”. Op basis van de Nederlandstalige tekst kon de stelling worden opgebouwd dat uitkeringen door een stichting – al dan niet naar aanleiding van haar ontbinding – niet belastbaar zijn indien men identiek hetzelfde activum terug ontving dat eerder werd ingebracht, zelfs indien de waarde ervan gestegen zou zijn tussen inbreng en uitkering. In het kader van een fiscaal transparante gedachte ware dat overigens de logica zelve. Op basis van de Franstalige tekst echter zou dergelijke waardestijging steeds belastbaar geweest zijn. De regering specificeert in de *memorie van toelichting* dat artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 wordt aangepast zodat beter wordt gereflecteerd dat elke uitkering van een juridische constructie, die geen terugbetaling is van het ingebrachte vermogen, als een dividend wordt aangemerkt¹²¹. Daarbij wordt meteen gezegd in een impliciete verwijzing naar het nieuwe artikel 21, tweede lid WIB 1992 dat “(...) *het in voorkomend geval aan de belastingplichtige is om de grootte van het oorspronkelijk ingebrachte vermogen te bewijzen*”.

Dat de notie “door de oprichter ingebrachte activa” in de nieuwe tekst van artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 wordt vervangen door de notie “*het door de oprichter ingebrachte vermogen*” zou dus als onderliggende bedoeling hebben dat goederen die eerder werden ingebracht in een juridische constructie steeds gewaardeerd dienen te worden bij uitkering, waarbij het waardeverschil in meer in de belastingheffing kan worden betrokken. Een concreet voorbeeld om dit te illustreren: stel de heer Piet Pieters draagt een baar goud van een kilo over aan een stiftung anno 2009 en anno 2019 geeft de vorstand van de stiftung weerom een baar goud terug aan de heer Pieters. De oude Nederlandstalige tekst van artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 laat er weinig twijfel over bestaan dat in een dergelijk geval er geen belastbaarheid kan ontstaan in hoofde van de heer Pieters daar dit een teruggave was van een door de oprichter ingebracht activum. De nieuwe tekst van artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 echter zou door de verwijzing naar het woord “vermogen” de gedane overdrachten dan wel loskoppelen van de onderliggende activa en vastkoppelen aan de waarde ten tijde van de overdracht. Enige latente meerwaarde die op het desbetreffende activum drukt zou dan in het kader van de uitkering kunnen worden belast als dividend. Daarbij dient dan in voorkomend geval te worden gerefereerd naar de regel van artikel 5/1, § 1, tiende lid WIB 1992 en de daaraan gerelateerde problematiek (zie uitgebreid *supra*).

Vooral lijkt men dus elke mogelijke verwarring te willen vermijden ten aanzien van de notie “oorspronkelijk ingebracht vermogen”, en te voorkomen dat enige andere betaling die dit “oorspronkelijk ingebracht vermogen” te boven zou gaan zou kunnen genieten van een impliciete vrijstelling.

2. De schrapping van de notie “op vergeldende wijze”

De tekstuele aanpassing van artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 voorziet in de schrapping van de verwijzing naar uitkeringen die gebeuren “op vergeldende wijze”. Deze regel stond in het oorspronkelijke artikel om te voorkomen dat betalingen in het kader van transacties waarbij een werkelijke tegenwaarde werd overhandigd aan de juridische constructie tevens zouden worden gekwalificeerd als dividend. Het is onduidelijk of de regering met deze schrapping een bepaald effect beoogt daar er in de *memorie van toelichting* verder niets wordt over gezegd. Het lijkt mij echter niet zo te zijn dat een transactie die voor het overige als “*at arm’s length*” kan worden beschouwd, aanleiding zou kunnen geven tot een fictieve belastbare dividenduitkering. Een koop-verkooptransactie met een juridische constructie waarbij een correcte prijs wordt betaald zou er in voorkomend geval dus niet mogen toe leiden dat de uitbetaling van de prijs aan de oprichter als een belastbaar dividend wordt beschouwd.

121. *Parl.St.* Kamer 2017-18, 6 november 2017, Doc. 54-2746/001, p. 39.



3. *Intrinsieke tegenstrijdigheid tussen “ingebracht vermogen” en “belastingregime hebben ondergaan”*

Bij de oorspronkelijke versie van de kaaimantaks 1.0 zoals deze werd ingevoerd door de wet van 10 augustus 2015 was sprake van een zogenaamde “regeling voor het verleden”¹²². Die regeling werd echter nooit geïmplementeerd en werd *de facto* vervangen door de wet op de fiscale regularisatie die haar beslag heeft gekregen bij wet van 21 juli 2016. Dit betekent concreet dat een uitkering door een juridische constructie en de belastingheffing daarop nooit bevrijdend kan werken ten aanzien van onderliggende fiscale fraude die zou zijn gepleegd ten tijde van de samenstelling van het ingebrachte vermogen van deze juridische constructie. Dit standpunt wordt naar mijn weten ook door het contactpunt regularisaties (CPR) zo gehanteerd.

Concreet betekent dit dat de notie “ingebracht vermogen” voor de toepassing van de kaaimantaks niet impliceert dat het hier over initieel belast vermogen moet gaan. Het kan dus ook illiciet vermogen betreffen in de zin van artikel 505 Sw, dat indertijd aan een juridische constructie werd overgedragen, alsdan wellicht in het kader van het plegen van een tweede dan wel een derde witwasmisdrijf (art. 505, eerste lid, 3° en 4° Sw.).

Indien vervolgens naar aanleiding van de liquidatie van de juridische constructie dat illiciete vermogen dat eerder werd ingebracht wordt terugbetaald aan de oprichter, dan is hierover uiteraard geen taxatie verschuldigd. Artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 voorziet immers nadrukkelijk in een vrijstelling. Dit is een belangrijke vaststelling daar er geen misvatting mag ontstaan naar aanleiding van het feit dat dit initieel ingebrachte vermogen zijn belastingregime niet heeft ondergaan. In dit verband zou men immers kunnen beweren dat eerdere niet belaste vermogens die werden overgedragen aan juridische constructies, kunnen worden uitgekeerd aan een tarief van 30%. Die redenering berust dus op een denkfout waarbij er verwarring ontstaat tussen enerzijds de vrijstelling waarin artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 voorziet en anderzijds de vrijstelling waarin artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992 voorziet. In voorkomend geval kan het betreffende door de oprichter ingebrachte vermogen dat zijn eerdere belastingregime niet heeft ondergaan vrijwillig aan een fiscale regularisatie volgens de regelgeving van de wet van 21 juli 2016 (en aanverwante regelingen) worden onderworpen. Andersom geredeneerd is het dus niet zo dat de lokale controleur bij gebrek aan bewijsvoering met betrekking tot het belaste karakter van eerder ingebracht vermogen kan overgaan tot een taxatie bij wijze van dividend aan het tarief van 30%. Het spreekt voor zich dat in concrete gevallen het niet ondenkbeeldig is dat zich hier een bewijsprobleem zal voor-

doen analoog met de toepassing van artikel 11 van de wet van 21 juli 2016¹²³.

4. *Het gebruik van het begrip “vermogen” in de Nederlandstalige tekst vs. “capitaux” in de Franstalige tekst*

Als het de bedoeling was van de wetgever om de Nederlandstalige tekst gelijk te trekken met de Franstalige tekst dan denk ik niet dat men daarin volledig geslaagd is. Als we de beide teksten vergelijken met elkaar zien we nog steeds een belangrijk verschilpunt. De Nederlandstalige tekst verwijst immers naar het doen dalen van het *vermogen* van de juridische constructie beneden het door de oprichter ingebrachte *vermogen*. In deze tekst gebruikt men dus tweemaal consequent dezelfde term. In de Franstalige tekst echter heeft men het over “*une diminution du patrimoine de la construction juridique jusqu’à un montant inférieur aux capitaux apportés par le fondateur*”. In die tekst gebruikt men dus enerzijds “*patrimoine*” wat ‘vermogen’ betekent en anderzijds “*capitaux*” wat “kapitalen” betekent. En over welke kapitalen heeft men het dan? Heeft men het over de bedragen die werden ingebracht? Of heeft men het over de kapitalen in boekhoudkundige betekenis? Mogelijk refereert men naar de term “eigen vermogen” in boekhoudkundige betekenis, zijnde “*capitaux propres*” in de Franstalige versie. Indien dat het geval zou zijn, ware het alleszins nuttig zo de *memorie van toelichting* daar enige verduidelijking had bijgevoegd door een expliciete verwijzing in te lassen naar de boekhoudkundige verwerking bij de juridische constructie zelf.

I. *Over de impact van de kaaimantaks op vermogen van internationale georiënteerde families*

De diverse bepalingen van de hervormde kaaimantaks 2.0 zijn erop gericht om de instandhouding van bestaande en historisch gestructureerde buitenlandse doelvermogens door Belgische rijksinwoners te ontmoedigen. In vele gevallen (maar dus niet altijd) waar rijksinwoners aan de trust ten grondslag lagen, zal wellicht blijken dat de nieuwe wettelijke bepalingen daartoe ook toereikend zijn¹²⁴.

In het geval echter van een buitenlandse familie met een historische structuur waarvan enkele leden slechts tijdelijk in België verblijven, kan de conclusie anders luiden en is alleszins de invalshoek anders. In dergelijke gevallen werd vermogen historisch in een buitenlandse structuur ondergebracht door een niet-rijksinwoner, bijvoorbeeld een US-citizen die een family trust heeft opgericht met zijn kinderen als begunstigen, en die daarna (tijdelijk) in België verblijft. Ofschoon

122. G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks, een kritische beschouwing”, *TFR* 2015, nr. 490-491, p. 909.

123. Ter zake die problematiek wordt verwezen naar de in dit tijdschrift eerder gepubliceerde bijdrage: G.D. GOYVAERTS, “Fiscale regularisatie anno 2017 voor privévermogen, een kritische beschouwing”, *TFR* 2017, nr. 527-528, *TFR* 2017, nr. 527-528.

124. G.D. GOYVAERTS, “Trust (en stiftung) voor vermogensplanning anno 2018, *quo vadis*” in B. PEETERS (ed.), *Liber Amicorum Rik Deblauwe*, Herentals, Knops Publishing, 2018, p. 387.



de vraagstelling en de fiscale problematiek hier gelijkaardig is t.a.v. van de leden van de familie die “tijdelijk” rijksinwoners zijn, zowel op het vlak van inkomstenbelastingen als erfbelasting bij overlijden, zal de perceptie van de achterman over de impact van de Belgische fiscaliteit slechts een “tijdelijk” karakter hebben. In zo’n geval zal het ook eenvoudiger zijn om die Belgische fiscale problematiek, die uiteraard geenszins als determinerend zal worden ervaren door de betrokken persoon te parkeren als “hinderlijk maar niet decisief”. Hier kan het behoud van de structuur bij terugkeer naar het buitenland immers wél aangewezen zijn, en zelfs bepaalde voordelen bieden. In een dergelijk geval zal de familie dan ook veel minder geneigd zijn om een verzoek tot ontbinding, termination, variation, dan wel liquidatie in geval van een stiftung, aan de trustee dan wel aan de vorstand te richten.

Een hypothetisch voorbeeld om dit duidelijk te maken: stel een echtpaar dat sedert haar pensionering woonachtig is op Saint Kitts and Nevis draagt in het kader van de vermogensplanning haar beleggingsportefeuille over aan een BVI Ltd. Bij overlijden van de langstlevende van het echtpaar worden de aandelen in de BVI Ltd. overgedragen aan een testamentaire trust settled op Bermuda waarvan hun zoon en zijn familie de begunstigden zijn. Laat ons nu even veronderstellen dat die zoon initieel een rijksinwoner was van Canada maar ondertussen, in goed overleg met zijn Canadese raadgevers, in 2012 geëmigreerd was naar België.

Het spreekt voor zich dat er in zo’n geval ernstige vragen zullen worden gesteld door de Canadese raadgevers van die familie bij de standvastigheid van en de rechtszekerheid van de Belgische fiscale behandeling van de Bermuda-trust die de aandelen van de BVI Ltd. houdt, en de daarmee gerelateerde taxatie van de onderliggende inkomsten. Vanuit common law-oogpunt is dit immers een “normale werkwijze” van vermogensplanning. Vooreerst wordt deze familie geconfronteerd met drie totaal verschillende taxatieregimes op amper 6 jaar in de periode van 2012-2018, zijnde een eerste periode pré-kaaimantaks, vervolgens vanaf 2015 de invoering van de kaaimantaks en dan vanaf 17 september 2017 de kaaimantaks 2.0.

Vervolgens zijn ook de individuele rechtsposities t.a.v. het onderliggende vermogen en de “kapitaalswaarde” van de juridische constructies ervan niet meer eenduidig vast te stellen. Dergelijke vermogende particulieren mogen België dan wel een leuk en gezellig landje vinden om te wonen en onze “quality of life” prijzen bij hun vrienden, maar als het geheel fiscaal “onmogelijk” wordt gemaakt, dan is dergelijke vaststelling in het geheel niet bevorderlijk voor de fiscale reputatie van België als vestigingsland. Het spreekt voor zich dat een overheid met dergelijke uitzonderlijke gevallen geen rekening kan houden in haar beleid, maar de keerzijde is natuurlijk wel dat dergelijke families België voortaan zullen

dienen te mijden. Het zal dan ook niet mogen verbazen dat mede omwille van de kaaimantaks 2.0 België regelmatig wordt toegevoegd aan de lijst van de “to be avoided countries” voor HNWI-doeleinden¹²⁵.

J. Over de gelijktijdige belasting van uitkeringen uit trusts (en stiftungen) inzake inkomstenbelastingen en successierechten

Waar men in het algemene taalgebruik vaak verwijst naar de spreuk dat een tekening meer zegt dan 1.000 woorden, zo geldt dit ook in de fiscaliteit. Het is pas bij het uitwerken van een voorbeeld dat de inherente complexiteit van bepaalde fiscale rechtsregels tot uiting komt en dat de inherente tegenstrijdigheden blijken. De structurering van vermogen middels een trust is hiervan een uitstekende illustratie¹²⁶.

Stel Jacobus erft van zijn Antwerpse oom Diederik waarbij Diederik bij leven tevens de begunstigde was van een trust op de Bahama’s. De trustee overweegt een uitkering aan Jacobus. In een dergelijk geval springen er uiteraard onmiddellijk drie fiscale aandachtspunten voor de geest. Vooreerst de impact van de fiscale regularisatie met een tarief anno 2018 van 38%, vervolgens de impact van de erfbelasting met een tarief van 65% in de zijlijn en ten slotte de impact van de kaaimantaks 2.0 met een tarief bij uitkering van 30%. We dienen ons de vraag te stellen naar het samengaan van al deze heffingen en de bepaling van de diverse belastbare grondslagen. Laat ons even veronderstellen dat de trust een vermogen heeft van 1.000. Dit vermogen van 1.000 is verdeeld over een capital account ten bedrage van 400 en een income account ten bedrage van 600. De trustee doet een uitkering aan Jacobus van 500. Wat zijn hiervan de onmiddellijke fiscale gevolgen?

Vooreerst zal de Vlaamse belastingdienst (VLABEL) wellicht willen overgaan tot een heffing in de erfbelasting ten bedrage van 65% (55% vanaf 1 september 2018) over de uitkering van 500. Mogelijk zal VLABEL zelfs willen heffen over 1.000 indien ze van mening is dat de trust niet fully discretionary is¹²⁷. Hier zal desgevallend ernstig verweer en argumentatie kunnen worden tegen aangevoerd maar laat ons even aannemen dat Jacobus ter vermindering van alle problemen met VLABEL en om enig verwijt van fiscale fraude te vermijden, de uitkering van 500 provisoir ten titel van informatie heeft vermeld (maar niet heeft aangegeven) in de aangifte in de erfbelasting bij het overlijden van zijn oom Diederik. Daarmee is dan meteen al een bedrag van 325 aan de Vlaamse schatkist toegevalen. Of Jacobus tegen de desbetreffende aanslag in de erfbelasting nog een bezwaar en in voorkomend geval een voorziening in rechte zal indienen, zal hij dan graag met zijn raadsman nader bespreken. Een dergelijke procedure lijkt ons immers verre van kansloos.

Vervolgens zal de uitkering die Jacobus heeft ontvangen voor

125. HNWI = High Net Worth Individuals.

126. G.D. GOYVAERTS, “Trust (en stiftung) voor vermogensplanning anno 2018, *quo vadis*” in B. PEETERS (ed.), *Liber Amicorum Rik Deblauwe*, Herentals, Knops Publishing, 2018, p. 392.

127. A. BIESMANS, “Trusts, *quo vadis*” in B. PEETERS (ed.), *Liber Amicorum Rik Deblauwe*, Herentals, Knops Publishing, 2018, p. 58 *et seq.*



de toepassing van de kaaimantaks beschouwd worden als de uitkering van een oude reserve *cf.* artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 *jo.* artikel 21, tweede lid WIB 1992. Deze uitkering zal daarom belastbaar zijn ten bedrage van 30% over het brutobedrag. Daarmee valt nogmaals 150 toe aan de federale schatkist. De totale heffing die Jacobus dient te betalen wordt daarmee opgetrokken tot 475. De totale belastingdruk voor Jacobus op de uitkering van 500 bedraagt dus 95%.

Wij kunnen ons niet van de indruk ontdoen dat er ergens in deze benaderingswijze van de verschillende fiscale wetten en regelingen, zijnde enerzijds de Vlaamse erfbelasting en anderzijds de federale inkomstenbelasting, iets serieus schort. Hier is duidelijk sprake van een economische dubbele belasting. Dezelfde uitkering wordt in hoofde van dezelfde persoon immers tweemaal belast, en dat voor het volledige bedrag. Enerzijds in de erfbelasting, anderzijds in de inkomstenbelasting. Indien men beide belastingen separaat bekijkt vanuit het standpunt van de diverse administraties is er echter geen speld tussen te krijgen. Men zou uiteraard kunnen argumenteren dat er geen erfbelasting verschuldigd is maar dat zal naar mijn mening zoals hoger reeds aangehaald door de Vlaamse belastingadministratie nooit in eerste instantie worden toegestaan.

Verder zal men uiteraard ook kunnen voorhouden dat de trustee de gedane uitkering heeft gefinancierd uit de capital account en niet uit de income account. Volgens artikel 21, tweede lid WIB 1992 echter dient enige uitkering eerst en bij voorrang te worden aangerekend op de oudere reserves. Er is binnen het wettelijk kader geen enkele regel voorzien die kan worden ingeroepen opdat dit niet van toepassing zou zijn op uitkeringen door trusts waartoe men ten titel van erfrecht wordt geroepen, en waarvan men per hypothese oprichter-erfgenaar via artikel 2, § 1, 14°, derde streepje WIB 1992 is geworden. Ook het feit dat de wetgever het voor wijs heeft geacht om bij de invoering van de kaaimantaks 2.0 het onderscheid tussen oprichters en derde begunstigden af te schaffen, helpt ons niet verder bij het uitrafelen van dit fiscaal *imbroglio*.

Onze vriend Jacobus is echter nog niet aan het einde van zijn fiscaal venijn. Hij zal immers nog worden geconfronteerd, als erfgenaar van zijn oom Diederik, met een heffing over de lopende inkomsten zonder uitkering, te weten, tax without cash. Als erfgenaar wordt hij immers gekwalificeerd als een oprichter-erfgenaar volgens artikel 2, § 1, 14°, derde streepje WIB 1992.

Ten slotte is het niet geheel uitgesloten dat via de tussenkomst van zijn Belgische bank Jacobus zal worden gemeld bij de CFI wegens het ontvangen van een uitkering van 500 uit een trust. Anno 2018 komt het immers bij meerdere Bel-

gische financiële instellingen niet zelden voor dat stortingen van geldsommen uit trusts of stichtingen zonder ernstige kans op tegenspraak door de Belgische financiële instelling bij de CFI worden gemeld. Dat de financiële instelling daarbij mogelijk overgaat tot een volstrekt overbodige melding zoals in het geval van onze vriend Jacobus, die louter en alleen als erfgenaar van zijn oom Diederik bij de trust wordt betrokken, en die alles correct heeft aangegeven, lijkt sommige financiële instellingen van dergelijke meldingen evenwel niet afdoende te weerhouden.

Indien ingevolge dergelijke meldingen het dossier bij ofwel de bijzondere belastinginspectie of bij het parket zou belanden, kan er mogelijk worden overgegaan tot, ofwel de dreiging met een algehele verbeurdverklaring van de ontvangen 500, dan wel de milde hint om spontaan over te gaan tot een fiscale regularisatie van voormelde 500, en dat aan een tarief anno 2018 van 38%. Dit alles louter hypothetisch uiteraard, daar voor een dergelijke fiscale regularisatie ook valabele argumenten kunnen worden aangevoerd dat zij wettelijk gezien niet eens mogelijk is, dit om de eenvoudige reden dat eventuele fiscale fraude gepleegd door een rechtsvoorganger ten belope van het fiscaal verjaard kapitaal, door de rechtsopvolger niet eens kán worden geregulariseerd¹²⁸.

Dit erg eenvoudige voorbeeld illustreert volgens ons zeer duidelijk tot welke onaangepaste fiscale behandeling de diverse wettelijke en decretale regelingen aanleiding kunnen geven. Tenminste indien men als wetgever verzuimt om grondig na te gaan hoe buitenlandse rechtsvormen in een correcte belastingheffing kunnen worden betrokken. Het voorbeeld illustreert meteen op welk moeilijk pad de belastingplichtige die met dergelijke rechtsfiguur wordt geconfronteerd, zich begeeft. Deze belastingplichtige dreigt door de tussenkomst van een trust en/of een stiftung, zonder deskundig advies hopeeloos verloren te lopen in de wildgroei van onduidelijke fiscale bepalingen allerhande en ontorechte verdachtmakingen.

Het zou nochtans zo moeilijk niet mogen zijn om te komen tot een weloordachte en mooi afgelijnde fiscale behandeling voor juridische constructies zoals die geldt in andere landen. We hoeven daarvoor zelfs niet erg ver te kijken. De Nederlandse fiscale regeling van het afgezonderd particulier vermogen APV is wat dat betreft veel rechtlijniër opgebouwd, en is van toepassing zowel wat betreft de inkomstenbelastingen als wat betreft schenk- en erfbelasting. Ook het Italiaanse belastingstelsel dat van toepassing is op trusts kan als voorbeeld dienen. De Belgische fiscale wet- en decreetgever treden echter in gespreide slagorde op, en in het kader van de toenemende verdeling van de fiscale bevoegdheden tussen de federale staat enerzijds en de regionale overheden anderzijds valt het niet te verwachten dat er binnen afzienbare tijd enige verbetering in zal optreden¹²⁹.

128. G.D. GOYVAERTS, "Fiscale regularisatie anno 2017 voor privévermogen, een kritische beschouwing", *TFR* 2017, nr. 527-528, p. 641-722, 658 *et seq.*

129. Het valt op dat daarbij vaak zonder enig vooroverleg met de sector allerhande fiscale bepalingen worden gelanceerd die volstrekt en rekening houden met de financiële en economische realiteit van familiale vermogensplanning. Zo staat de regeling die VLABEL heeft uitgevaardigd met betrekking tot de inkomsten uit burgerlijke maatschappen (standpunt 15.004) in schril contrast met de hoger besproken fiscale regeling in de inkomstenbelasting wat betreft de gecertificeerde maatschap.



K. Over de opbrengst van de kaaimantaks en de onmogelijkheid om dit te becijferen

Naar aanleiding van een parlementaire vraag door parlementslid Vanvelthoven is er een hele polemiek ontstaan over de beweerdelijke opbrengst van de kaaimantaks¹³⁰. Los van de verschillende bedragen die door de diverse politieke protagonisten naar voren worden gebracht en die variëren van slechts 5.000.000 EUR per jaar tot zo maar liefst 510.000.000 EUR per jaar is het misschien wijsheid om de verschillende factoren die deze opbrengst kunnen beïnvloeden nader voor het voetlicht te plaatsen.

Daarbij kunnen we een onderscheid maken tussen de onmiddellijke directe opbrengst van de kaaimantaks die zich manifesteert door hogere ontvangsten voor de schatkist wegens het belastbaar worden van inkomsten vanaf 1 januari 2015 die voorheen niet belastbaar waren, enerzijds, en anderzijds de indirecte opbrengsten van de kaaimantaks die zich manifesteren door allerhande gedragswijzigingen vanwege oprichters en structurele aanpassingen dienaangaande. We kunnen ons daarbij niet van de indruk ontdoen dat de ramingen die indertijd door de minister van Financiën werden gelanceerd en die initieel een jaarlijkse opbrengst van 460.000.000 EUR vooropstelden – die dan nadien door de reparatie bij wet van 26 december 2015 werden herzien naar 510.000.000 EUR per jaar – dat die enkel en alleen rekening hielden met de directe opbrengsten. Dat het hier een zware overschatting betrof is ondertussen al gebleken daar op geen enkele wijze uit de verschillende statistieken die ter zake de aangiften over aanslagjaar 2016 en 2017 bestaan, dergelijke hoge bedragen aan meeropbrengsten kunnen worden afgeleid.

Indien we echter tevens de indirecte potentiële meeropbrengsten in kaart zouden brengen, dan zou dit weleens een heel ander beeld kunnen geven. Daar kunnen diverse zaken worden opgesomd.

Vooreerst kan worden verwezen naar liquidaties en terminations van juridische constructies die worden veroorzaakt door de verhoogde complexiteit en kostprijs van de instandhouding van de structuur, indirect uitgelokt door het loutere bestaan van de kaaimantaks. Dergelijke liquidaties hebben uiteraard tot gevolg dat de betreffende vermogensbestanddelen gaan behoren tot het privévermogen van de oprichter (dan wel tot van de begunstigden van de voormalige structuur) alwaar zij dan vervolgens aan een “normaal” belastingregime worden onderworpen.

Verder zijn er de herstructureringen waarbij bepaalde vermogensbestanddelen uit juridische constructies worden overgebracht naar vennootschappen gevestigd in normaal belaste regimes. Dit kunnen Belgische vennootschappen zijn maar veel vaker betreft het buitenlandse vennootschappen. Dit resulteert uiteraard in economische zin in een stijging van de belastbare grondslag, ofschoon dit niet noodzakelijk een Belgische belastbare grondslag betreft. De kaaimantaks heeft

dus ook ten dele tot effect gehad dat andere landen dan België bepaalde vermogensbestanddelen naar hun belastingregime hebben zien toevloeien. Een typisch voorbeeld hiervan is de toevloei naar de Luxemburgse soparfi die als normaal belaste vennootschap door menig vermogend particulier wordt gebruikt om zijn vermogen, passief dan wel actief, te beheeren.

Vaak onderschat maar zeker aanwezig zijn de wijzigingen in het beleggingsbeleid, al dan niet door de juridische constructies zelf, die een belangrijke impact kunnen hebben op de belastbare materie. Het meest voor de hand liggend voorbeeld daarvan is de overstap naar diverse verzekeringsproducten zoals tak 21 en tak 23 waarbij de polissen werden onderschreven door juridische constructies zelf. De opbrengst van dergelijke polissen is uiteraard fiscaal vrijgesteld dit in het kader van het normale belastingregime zoals dat van toepassing is op tak 21 en tak 23. Het betalen van de verzekeringspremie is wel onderworpen aan de verzekeringstaks van 2%, tenminste indien het verzekerde risico zich in België bevindt. Aangezien we er kunnen van uitgaan dat er belangrijke bedragen gestort zijn in verzekeringsproducten naar aanleiding van de kaaimantaks, mogen we ervan uitgaan dat er ook belangrijke bedragen aan verzekeringstaks aan de schatkist zijn toegevoeld.

Er zijn uiteraard echter ook negatieve factoren die niet mogen worden veronachtzaamd. Zo heeft de toenemende complexiteit van de kaaimantaks in sommige gevallen tot gevolg dat belastingplichtigen in overleg met hun trustees en beheerders min of meer “verstarren” en dat deze trustees absoluut willen vermijden om enige verdere uitkering uit een juridische constructie te doen, dit met het oog op het vermijden van het ontstaan van een als onredelijk aanvoelde belastbare grondslag. Dit is uiteraard geen ontwijkingsgedrag in de strikte zin van het woord, het is louter een niet handelen met als ultieme doel het vermijden dat er een belastbare grondslag ontstaat louter en alleen door het verplaatsen van vermogen. Veelal is dergelijk gedrag tijdelijk van aard en heeft het louter als doel om in de luwte af te wachten hoe de fiscale wetgeving zich verder zal ontwikkelen. Men mag immers niet uit het oog verliezen dat oprichters en begunstigden van juridische constructies die gevisceerd worden door de kaaimantaks door de band genomen bovengemiddeld vermogend zijn. Dergelijke particulieren hebben dan ook zelden behoefte aan onmiddellijke uitkeringen uit de betreffende structuur. Zij kunnen zich dus de luxe permitteren om de storm te laten overwaaien. In menig geval zal dergelijk afwachtend gedrag dan ook leiden tot emigratie, waarbij het Belgische onzekere fiscale klimaat, het weze tijdelijk het weze definitief, vaarwel wordt gezegd. Indien men vervolgens goed en wel geen Belgische rijksinwoner meer is, is de kaaimantaks uiteraard verder geen punt van aandacht meer. De eventuele minderopbrengsten voor de schatkist die daarvan het gevolg zijn, zijn wat dat betreft niet becijferbaar.

Het is dus virtueel onmogelijk om de opbrengst van de kaaimantaks te berekenen. Daartoe zijn er te veel onbekende fac-

130. www.s-p-a.be/artikel/de-kaaimantaks-flopt-factcheck-op-de-beweringen-van; Antwoord op parlementaire vragen nr. 24097 en nr. 24092 van P. Vanvelthoven.



toren die onderling met elkaar verbonden zijn¹³¹. De beste methode die men zou kunnen hanteren om een poging te doen om het precieze bedrag te berekenen zou erin bestaan dat men van alle belastingplichtigen die voor de aanslagjaren 2014 en 2015 het bestaan hebben aangegeven van hun “private vermogensstructuur” de aangifte in de personenbelasting voor de aanslagjaren 2016 en 2017 in een rekenmodel giet. Daar dient men dan aan toe te voegen de cijfers uit de aangifte in de personenbelasting voor de aanslagjaren 2016 en 2017 van mensen die toen voor de eerste keer het desbetreffende vakje over de kaaimantaks hebben aangekruist. Maar zelfs die methode is onvolledig daar menig belastingplichtige uiteraard in de luwte van het aanslagjaar 2015 ervoor geopteerd heeft om geen enkele aangifte van de desbetreffende private vermogensstructuur te doen en die juridische constructie geruisloos heeft geliquideerd. Die transactie leidt op termijn uiteraard tevens tot indirecte meeropbrengsten voor de Belgische schatkist (zie *supra*) maar ook deze zijn weerom onbecijferbaar.

Ten slotte mag ook de impact van de fiscale regularisatie niet worden vergeten. De aangifteplicht van de private vermogensstructuren zoals deze werd ingevoerd voor de aanslagjaren 2014 en 2015 heeft onmiskenbaar zijn invloed gehad op het succes van de fiscale regularisatie onder de wet van 21 juli 2016 en de aanverwante regionale regelgeving. Dat succes echter kan niet alleen worden toegeschreven aan de kaaimantaks, de toegenomen automatische internationale informatie-uitwisseling in het kader van CRS is daar met stellige zekerheid de belangrijkste motivator toe geweest.

Mordicus een becijferde fiscale meeropbrengst willen toekennen aan de kaaimantaks is dus tijdverlies. Het berekende bedrag zal altijd fout zijn. Vanuit technisch fiscaal oogpunt is dat overigens ook niet interessant, enig belang hiervan is louter vanuit politieke doeleinden gemotiveerd. Als fiscalist staan we daar eerder neutraal tegenover. Ontkennen echter dat de kaaimantaks een wezenlijke invloed heeft gehad op de opbrengsten voor de schatkist anderzijds, is echter even onzinnig.

L. Feitelijke verenigingen voortaan belastbaar op roerende inkomsten maar nog steeds buiten de kaaimantaks wat de juridische constructies betreft

In het kader van de wijziging van de kaaimantaks door de wet van 25 december 2017 werd voorzien in een nieuw artikel 5/2 WIB 1992:

Artikel 5/2 WIB 1992: “De roerende inkomsten die werden verkregen op een rekening op naam van een vereniging, die geen winsten of baten verkrijgt of die niet onderworpen is

aan de vennootschapsbelasting of de rechtspersonenbelasting, zijn belastbaar in hoofde van de rijksinwoner die gemachtigd is deze rekening te beheren, alsof deze rijksinwoner deze inkomsten rechtstreeks zou hebben verkregen. In het geval de rekening wordt beheerd door meerdere personen is elke rijksinwoner belastbaar in verhouding tot het aantal personen dat gemachtigd is deze rekening te beheren.”

“In het geval de rekening wordt beheerd door meerdere personen is elke rijksinwoner belastbaar in verhouding tot het aantal personen dat gemachtigd is deze rekening te beheren.”

Daarbij werd tevens in een parallelle bepaling voorzien wat de aangifteplicht betreft door een aanpassing van artikel 307, § 1, 1°, a) WIB 1992 waarin nadrukkelijk wordt verwezen naar personen die gemachtigd zijn geweest buitenlandse rekeningen, op enigerlei ogenblik tijdens het belastbare tijdperk, te beheren en waarvan één of meerdere in artikel 5/2 WIB 1992 bedoelde verenigingen titularis zijn geweest.

Deze aanpassing was nodig daar feitelijke verenigingen voorheen geen belastingplichtigen waren binnen het kader van de inkomstenbelastingen, dit wat betreft roerende en diverse inkomsten. Deze problematiek wat de juridische niet-belastbaarheid betreft van feitelijke verenigingen die als doelvermogen worden gestructureerd, wordt zeer helder uiteengezet door Axel Haelterman in zijn bijdrage in het *Liber Amicorum Rik Deblauwe*¹³². De auteur komt daar tot de conclusie dat de feitelijke vereniging als doelvermogen zonder rechtspersoonlijkheid niet kan worden gekwalificeerd binnen de limitatief te interpreteren categorieën van de personenbelasting, de rechtspersonenbelasting noch de vennootschapsbelasting. De auteur verwoordt het zeer helder als volgt: “Het besluit is dat de concrete niet-belastbaarheid in hoofde van de leden van de feitelijke vereniging van de roerende inkomsten die zij behaalt, principieel voortvloeit uit de basisprincipes van de feitelijke vereniging en het feit dat de personenbelasting de verkregen netto verrijking belast. Diverse wetsbepalingen ondersteunen deze vaststelling. Het gevolg van deze vaststelling wordt zeer concreet voor de roerende inkomsten die niet aan de (bevrijdende) roerende voorheffing zouden zijn onderworpen omdat er in dat geval geen concreet fiscaal heffingsniveau voorhanden is”¹³³.

De aanpassing door artikel 88 van de wet van 25 december 2017 door de invoering van een nieuw artikel 5/2 WIB 1992 betreft dus louter en alleen buitenlandse rekeningen waar bedoelde verenigingen titularis van zijn geweest, en strekt zich niet uit tot juridische constructies die door dergelijke verenigingen zouden zijn opgericht geweest. Dergelijke aanpassing werd evenwel niet gedaan in artikel 307, § 1/1, 1°, c) WIB 1992 waar wordt verwezen naar juridische constructies. Het is onduidelijk of dit bewust is gebeurd dan wel dat dit een lapsus betreft. In de *memorie van toelichting* vinden we daarover alleszins niets terug.

131. In die zin is de hele polemiek die daarover werd gevoerd in de pers en op Twitter dan ook vrij onzinnig te noemen. Zie *Trends*, 3 mei 2017, p. 28.

132. A. HAELTERMAN, “De feitelijke onbelastbaarheid van de feitelijke vereniging en de ‘kaaimantaks’” in B. PEETERS (ed.), *Liber Amicorum Rik Deblauwe*, Herentals, Knops Publishing, 2018, p. 397.

133. A. HAELTERMAN, “De feitelijke onbelastbaarheid van de feitelijke vereniging en de ‘kaaimantaks’” in B. PEETERS (ed.), *Liber Amicorum Rik Deblauwe*, Herentals, Knops Publishing, 2018, p. 407.



Mogelijk gaat men ervan uit dat een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid juridisch gezien niet in staat is om een juridische constructie op te richten dan bij middel van één van haar gemachtigde vertegenwoordigers, en dat die persoon dan als oprichter dient te worden gekwalificeerd. Dit lijkt me evenwel vrij kort door de bocht, temeer daar de hele problematiek van de feitelijke verenigingen er net in bestaat dat er betwisting kan bestaan over de manier waarop de feitelijke verenigingen banktechnisch worden verwerkt als titularis van de desbetreffende bankrekeningen.

De enige conclusie die hier past is dat feitelijke verenigingen op vandaag weliswaar belastingplichtig zijn geworden over hun roerende inkomsten op buitenlandse rekeningen – en aléén daarvoor (feitelijke verenigingen blijven bij voortduur tevens onbelastbaar voor diverse inkomsten) – maar dat zij nog steeds buiten de kaaimantaks zélf vallen. Het is dus geenszins zo dat artikel 5/1, § 1 WIB 1992 van toepassing zou worden zijn op de desbetreffende bestuursleden van de bedoelde feitelijke verenigingen, wel integendeel.

III. Het ontwerp van nieuw EER-KB en ontwerp van aanvulling op het niet-EER-KB¹³⁴

Wat niet in de wet van 25 december 2017 werd opgenomen is een aanpassing van de regeling inzake instellingen voor collectieve beleggingen in zoverre deze een privaat karakter hebben, wat op grond van een strikte lezing van de wet tot gevolg heeft dat deze ondanks hun privaat karakter niet aan de kaaimantaks kunnen worden onderworpen. Hierover ondervraagd in het parlement¹³⁵ bevestigde de minister eerder dat in de regering werd besloten dat de aanpassingen aan het KB van 18 december 2015 van toepassing zullen zijn op de inkomsten die vanaf 1 januari 2018 werden verkregen, toegekend of betaalbaar gesteld door een juridische constructie, dat dit KB in de loop van 2018 zal worden gepubliceerd om zijn effect voor het volle jaar te sorteren, en dat de minister

verwachtte dat tegen de zomer de publicatie van dit KB een feit zou zijn.

De ministerraad van 8 juni 2018 keurde op voorstel van minister van Financiën Johan Van Overtveldt inderdaad twee ontwerpen van koninklijk besluit goed over het toepassingsgebied van het aanslagstelsel dat van toepassing is op juridische constructies. Het eerste ontwerp betreft een hernieuwing van het zogeheten “EER-KB”. Het tweede ontwerp van koninklijk besluit laat de wijzigingen in het “EER-KB” doorwerken bij de toepassing van het aanslagstelsel op rechtspersonen die gevestigd zijn buiten de EER. Deze ontwerpen werden ter advies voorgelegd aan de Raad van State, advies wat op datum van redactionele afsluiting van deze tekst nog niet werd publiek gemaakt¹³⁶.

A. Artikel 1, eerste lid, 1° KB: kaaimantaks en in de EER gevestigde ICB's

Opdat de kaaimantaks van toepassing zou zijn op een entiteit met rechtspersoonlijkheid moet deze in de eerste plaats kunnen worden beschouwd als een “juridische constructie” in de zin van artikel 2, § 1, 13°, b) WIB 1992. Dit is “*elke vennootschap, vereniging, inrichting, instelling of entiteit met rechtspersoonlijkheid die in de staat waar de constructie gevestigd is, vrijgesteld is van inkomstenbelasting of onderworpen is aan een inkomstenbelasting die minder bedraagt dan 15% van het belastbaar inkomen vastgesteld volgens de regels van de Belgische inkomstenbelasting (zowel rechtspersonen- als vennootschapsbelasting)*”. Specifiek voor wat binnen de EER gevestigde rechtspersonen betreft is bijkomend de zogeheten “EER-exceptie” van belang; in de EER gevestigde rechtspersonen, en dus ook in de EER gevestigde ICB's kunnen enkel onder de toepassing van de kaaimantaks vallen indien zij voorkomen op een limitatieve lijst, die moet worden uitgevaardigd bij een in de ministerraad overlegd KB (“het EER-KB”)¹³⁷. In het initiële “EER-KB” d.d. 23 augustus 2015 werden enkel de Luxemburgse SPF (socié-

134. Dit onderdeel werd geschreven in samenwerking met collega Christoph Coudron. Een kortere versie hiervan werd gepubliceerd in G.D. GOYVAERTS en C. COUDRON, “Kaaimantaks, a never ending story”, *Fisc. Act.* 2018/22, p. 11-16.

135. *Hand. Kamer* 2017-18, 22 mei 2018, CRIV 54 COM 901, 33 (Mond. Vr. nr. 25336 P. VANVELTHOVEN): “het toepassingsgebied van de kaaimantaks” (nr. 25336): 18.01 Peter Vanvelthoven (sp.a): *Mijnheer de voorzitter, mijnheer de minister, eind 2015 werden enkele aanpassingen doorgevoerd aan de kaaimantaks. Het Parlement heeft in december 2015 onder meer de uitbreiding van het toepassingsgebied van de kaaimantaks in de plenaire vergadering goedgekeurd. Entiteiten en vennootschappen waarvan de rechten door één of meerdere met elkaar verbonden personen worden aangehouden, in voorkomend geval per afzonderlijk compartiment beschouwd, worden sinds die aanpassingen door het Wetboek van de Inkomstenbelastingen als juridische constructies aangemerkt. In de praktijk gaat het vaak over de aandelen of compartimenten van een Luxemburgse sicav die door met elkaar verbonden personen worden aangehouden. Reeds 2 jaar geleden heb ik u er in deze commissie attent op gemaakt dat de wet op dat vlak onduidelijk was en dat fiscalisten van die onduidelijkheid zouden gebruikmaken om bepaalde klanten toch aan de kaaimantaks te laten ontsnappen. De bedoeling van de wetgever en het toepassingsgebied van de wet zijn nochtans duidelijk. Alle fondsen worden gevisieerd: privé, publiek en institutioneel, met of zonder Europees paspoort, binnen of buiten de EER, zodra zij geen collectief karakter hebben. Eind vorig jaar hebben we daarover voort gediscussieerd in het kader van de bespreking van de programmawet. U hebt tijdens die bespreking bevestigd dat er ingegrepen diende te worden. Ik citeer u: ‘Betreffende de toepassing van de doorkijkbelasting op private instellingen voor collectieve beleggingen stelt de minister vast dat ook dit door de regering aandachtig en uitgebreid werd onderzocht. Uit de analyses van de administratie bleek echter dat deze aanpassing zich dient te situeren in de uitvoeringsbesluiten met betrekking tot de lijsten van juridische constructies. De regering heeft beslist dat deze uitvoeringsbesluiten worden aangepast teneinde de toepassing van de doorkijkbelasting op private instellingen of collectieve beleggingen effectief te verzekeren.’ Dit standpunt van u stond destijds in het verslag. Ondertussen zijn we een half jaar verder, mijnheer de minister, en ik vind geen enkel spoor terug van een aanpassing van dat KB van 18 december 2015. U begrijpt dan ook dat ik graag van u verneem wat de reden is voor het uitblijven van die aanpassing. Wanneer zal het KB wel worden aangepast?”*

136. 2 juli 2018.

137. Dit volgt uit art. 2, § 2, 13°, tweede lid WIB 1992: “Behoudens in de gevallen bepaald door de Koning bij een besluit vastgesteld na overleg in de ministerraad, zijn de in het eerste lid bedoelde rechtsvormen die gevestigd zijn in een staat of rechtsgebied dat behoort tot de Europese Economische Ruimte, geen juridische constructies”.



té patrimonial familial), de Liechtensteinse Stiftung en de Liechtensteinse Anstalt onder het toepassingsgebied van de kaaimantaks gebracht. In de EER gevestigde ICB's werden aanvankelijk dus niet gevisieerd.

Bij KB van 18 december 2015 werd de lijst retroactief aangepast. Men beoogde ook de “*fonds dédié*” (compartimenten van) ICB's onder bepaalde voorwaarden onder de toepassing van de kaaimantaks te brengen. Hiertoe werden de instellingen, entiteiten en vennootschappen vermeld in artikel 2, § 1, 13°/1, tweede lid WIB 1992, onder het toepassingsgebied van de Kaaimantaks gebracht. Thans voorziet het ontwerp van nieuw EER-KB in een nieuwe omschrijving voor de “*fonds dédié*” (en compartimenten van) binnen de EER gevestigde ICB's (zie *infra*). Dit blijkt volgens het ontwerpverslag aan de koning nodig omdat de zogeheten “*fonds dédié*” compartimenten van privaat uitgegeven ICB's onder de tekst van het EER-KB van 18 december 2015 buiten het toepassingsgebied van de kaaimantaks vallen.

Om de draagwijdte van de bepaling sub 1° in het EER-KB d.d. 18 december 2015 ten volle te kunnen vatten, dient men voor ogen te houden dat in artikel 2, § 1, 13°/1, eerste lid WIB 1992 een aantal ICB's, alsook pensioenfondsen en genoteerde vennootschappen niet geacht worden een “juridische constructie te zijn”, zodat bij gevolg ook de kaaimantaks er *a priori* niet op van toepassing is¹³⁸. Deze regel geldt zowel voor binnen de EER, als voor buiten de EER gevestigde entiteiten die onder één van de uitgesloten categorieën vallen.

Voor wat deze uitgesloten ICB's betreft (die dus NIET onder de kaaimantaks vallen) volgt uit de verwijzingen naar de financiële wetgeving dat de volgende drie soorten van ICB's bij wijze van algemene regel buiten het toepassingsgebied van de kaaimantaks vallen¹³⁹:

een ICB die haar middelen in België of in het buitenland aantrekt middels een openbaar bod (ongeacht of het een fonds betreft dat onder de (UCITS-)richtlijn nr. 2009/65/EG valt of niet);

een “instelling voor belegging in schuldvorderingen”; en

een “institutionele alternatieve instelling voor collectieve belegging”, i.e. een alternatieve instelling voor collectieve belegging die haar financiële middelen in België of in het buitenland uitsluitend aantrekt bij “in aanmerking komende beleggers” die voor eigen rekening handelen, waarvan de rechten van deelneming uitsluitend door dergelijke beleggers kunnen worden verworven.

De zogeheten “private ICB's” worden *a contrario* niet gevisieerd door voormelde uitsluiting. Dit blijkt uit een tekstuele analyse van de wettekst, maar even goed uit de *memorie van toelichting* bij het wetsontwerp waarmee de kaaimantaks werd ingevoerd¹⁴⁰: “*Openbare en institutionele instellingen voor collectieve belegging worden niet beschouwd als juridische constructies. Dit is eveneens het geval voor de pensioenfondsen ('OFP's') en beursgenoteerde vennootschappen. (...) Wanneer deze entiteiten evenwel zijn opgericht in een privaat kader, meer bepaald de private instellingen voor collectieve belegging die geen openbaar beroep doen op het spaarwezen of zich niet exclusief richten op institutionele investeerders, dan behouden ze de mogelijke kwalificatie van juridische constructie en is de fiscale transparante behandeling in principe op hen van toepassing.*”

Door de wet van 26 december 2015 werd in artikel 2, § 1, 13°/1, tweede en derde lid WIB 1992 een specifieke antimisbruikbepaling ingevoerd voor “*fonds dédié*”-entiteiten, in welk geval de “uitsluitingen” voorzien door het eerste lid (waaronder deze voor ICB's) niet langer van toepassing zijn (“uitzondering op de uitsluitingen”). De uitsluitingen van artikel 2, § 1, 13°/1, eerste lid WIB 1992 zijn *niet* van toepassing indien alle rechten in de juridische constructie, dan wel alle rechten met betrekking tot één compartiment van de juridische constructie, worden aangehouden door één enkele investeerder, alsook indien alle rechten van de juridische constructie – hetzij alle rechten met betrekking tot een compartiment van een juridische constructie – uitsluitend worden gehouden door met elkaar “verbonden personen”. Met elkaar verbonden personen worden in deze gedefinieerd als personen die over een rechtspersoon controle uitoefenen zoals bedoeld in artikel 5 W.Venn., bloed- of aanverwanten tot in de vierde graad, gehuwden, wettelijk samenwonenden, en personen die hun woonplaats of de zetel van hun fortuin op hetzelfde adres hebben gevestigd. Men kan hier gemakkelijkshalve spreken van de zogeheten “*fonds dédié*”-uitzondering.

Deze “*fonds dédié*”-uitzondering voorzien door artikel 2, § 1, 13°/1, tweede en derde lid WIB 1992 geldt logischerwijze enkel en alleen voor entiteiten die *a priori* door het eerste lid gevisieerd worden en daardoor aan de kaaimantaks onderworpen zijn. Voor wat ICB's betreft gaat het om publiek uitgegeven ICB's, institutionele ICB's en ICB's die genoteerd zijn. Niet-genoteerde ICB's die in een louter privaat kader worden uitgegeven, en die niet uitsluitend aan “in aanmer-

138. 13°/1 in afwijking van 13° worden niet geacht een juridische constructie te zijn:

a) een openbare of institutionele instelling voor collectieve belegging of een instelling voor belegging in schuldvorderingen bedoeld in art. 3, 2°, 3° of 7° van de wet van 3 augustus 2012 betreffende de instellingen voor collectieve belegging die voldoen aan de voorwaarden van richtlijn nr. 2009/65/EG en de instellingen voor belegging in schuldvorderingen;

b) een openbare of institutionele alternatieve instelling voor collectieve belegging bedoeld in art. 3, 4° of 6° van de wet van 19 april 2014 betreffende de alternatieve instellingen voor collectieve belegging en hun beheerders;

c) een entiteit die geen instelling is als bedoeld in a) of b), en die zich uitsluitend toelegt op verrichtingen van:

– het beheer en het beleggen van fondsen, ingezameld om wettelijke en aanvullende pensioenen toe te kennen, of;

– het beheer van werknemersparticipaties in de financiering van hun onderneming of van de groep waartoe die behoort;

d) een vennootschap, waarvan de effecten zijn genoteerd aan een effectenbeurs van een lidstaat van de Europese Unie onder de voorwaarden van de richtlijn nr. 2001/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 28 mei 2001 betreffende de toelating van effecten tot de officiële notering aan een effectenbeurs en de informatie die over deze effecten moet worden gepubliceerd, of van een derde staat waarvan de wetgeving analoge toelatingsvoorwaarden voorziet.

139. Zie in dit verband voor een meer uitgebreide analyse: G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks, een kritische beschouwing”, *TFR* 2015, nr. 490-491, p. 884-889. 140. *Parl.St.* Kamer 2014-15, 1 juni 2015, Doc. 54-1125/001, p. 31 en p. 35-36.



king komende beleggers” zijn voorbehouden, vallen hier dus duidelijk niet onder. Deze “private ICB’s” worden immers niet uitgesloten van de kaaimantaks op grond van het eerste lid. Omdat het EER-KB van 18 december 2015 precies verwijst naar artikel 2, § 1, 13^o/1, tweede lid WIB 1992 kunnen private ICB’s – ook al voldoen zij aan de voorwaarde dat de aandeelhouders onderling verbonden zijn – op grond van een tekstuele interpretatie logischerwijze nooit onder de toepassing van de kaaimantaks vallen.

Niet iedereen sloot zich echter aan bij de logica van die tekstuele interpretatie. Sommigen gaven ook via een teleologische interpretatie enig krediet aan “de bedoeling van de wetgever”, en lieten zodoende ruimte voor de stelling dat private ICB’s sowieso onder de toepassing van de kaaimantaks kunnen vallen, althans voor zover voldaan is aan de voorwaarde inzake de aandeelhoudersstructuur, zoals gedefinieerd door artikel 2, § 1, 13^o/1, tweede en derde lid WIB 1992¹⁴¹. Dat was ook het standpunt van de minister van Financiën in antwoord op een mondelinge vraag van Kamerlid Peter Vanvelthoven: “De betrokken wetswijziging heeft inderdaad tot doel zowel private als publieke en institutionele instellingen die in feite privaat worden beheerd, te viseren. Dat is heel duidelijk”¹⁴². De minister werd in deze overigens schijnbaar bijgetreden door de Dienst Voorafgaande Beslissingen in haar beslissing nr. 2017.037 d.d. 14 maart 2017.

Twee parlementsleden van de meerderheid daarentegen dienden een wetsontwerp in om de kaaimantaks op een aantal punten aan te passen, en maakten van de gelegenheid gebruik om ook de discussie over de al dan niet mogelijke toepassing van de kaaimantaks op de in de EER gevestigde private ICB’s via een voorstel tot wetgevend ingrijpen te repareren¹⁴³. Uit de tekst van de artikelsgewijze bespreking bij artikel 3 van dat voorstel blijkt evenwel zeer duidelijk dat de indieners zich voor wat de interpretatie van de vigerende teksten helemaal aansloten bij de tekstuele interpretatie en daardoor de mening waren toegedaan dat het standpunt zoals eerder door de minister was ingenomen “verkeerd” was: “Vanuit deze optiek is het volgens de indieners dan ook duidelijk dat een SICAV-SIF zich in algemene regel bevindt in de categorie van de ‘ICB’s opgericht in een privaat kader’, welke dus ontsnappen aan de toepassing van de kaaimantaks”¹⁴⁴.

Op grond van artikel 1, eerste lid, 1^o van het nieuwe ontwerp van EER-KB blijkt dat nu ook het kabinet van de minister van Financiën zich finaal neerlegt bij de tekstuele interpretatie van het huidige EER-KB. Dit blijkt nadrukkelijk uit de *memorie van toelichting* bij het nieuwe EER-KB:

“Vervolgens wordt in dit ontwerp voorgesteld om eveneens de private alternatieve instellingen voor collectieve beleggingen binnen het toepassingsgebied van dit besluit te brengen,

in het geval deze instellingen of compartimenten ervan door één persoon, of meerdere met elkaar verbonden personen, worden aangehouden. Hierdoor zullen voortaan alle in de Europese Economische Ruimte gevestigde instellingen voor collectieve beleggingen onder het toepassingsgebied van het aanslagstelsel kunnen worden gebracht. Deze uitbreiding is noodzakelijk omdat het niet redelijkerwijs kon worden verantwoord waarom bepaalde compartimenten van openbare en institutionele instellingen wel onder het toepassingsgebied waren opgenomen en soortgelijke compartimenten van private alternatieve instellingen niet.”

Het verheugt ons alvast dat de minister van Financiën hiermee impliciet bevestigt dat een duidelijke bedoeling van de wetgever nooit kan volstaan om – gelet op het fiscale legaliteitsbeginsel – een bepaalde situatie onder de toepassing van een fiscale wet te brengen die er volgens een letterlijke lezing niet onder valt. Daarmee distantieert het kabinet Financiën zich, wellicht ongewild, ook van de Rulingcommissie én van diegenen die de teleologische interpretatie genegen zijn. Een duidelijke wet behoeft nu eenmaal géén interpretatie (“*interpretatio cessat in claris*”). Op grond van het fiscaal recht heeft de overheid een verre gaande en ingrijpende bevoegdheid om unilateraal verbintenissen te creëren in hoofde van de belastingplichtigen. Het minste wat men kan verwachten is dat de situaties die de overheid beoogt te belasten ook duidelijk en letterlijk vervat zitten in de tekst van de wet die het toepassingsgebied van de belasting bepaalt. Eventuele lacunes in het toepassingsgebied kunnen niet “gerepareerd” worden door te verwijzen naar de bedoeling van de wetgever, maar dienen aan de hand van een reparatiewet of -besluit (al naar gelang het geval) te worden gecorrigeerd.

Om aan de huidige toestand te remediëren voorziet artikel 1, eerste lid, 1^o van het nieuwe ontwerp van EER-KB een zeer ruim opgestelde bepaling die beoogt alle “*fonds dédiés*” (compartimenten van) ICB’s (inclusief de private ICB’s) onder de toepassing van de kaaimantaks te brengen. Deze luidt als volgt:

“1^o de hieronder vermelde instellingen waarvan de rechten door één persoon, of meerdere met elkaar verbonden personen, worden aangehouden, in voorkomend geval per afzonderlijk compartiment beschouwd:

- *een in een lidstaat van de Europese Economische Ruimte gevestigde instelling voor collectieve belegging die voldoet aan de voorwaarden van richtlijn 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe’s);*
- *een in een lidstaat van de Europese Economische Ruimte gevestigde alternatieve instelling voor collectieve be-*

141. Zie bv.: A. DAYEZ, “Taxe Caïman: le SDA confirme l’application aux SICAV-FIS luxembourgeoises et précise la notion de ‘personnes liées entre elles’”, *Act.fisc.* 2017, nr. 18, p. 2.

142. *Hand.* Kamer 2015-16, 18 mei 2016, CRIV 54 COM 421, 41 (Mond. Vr. nr. 11276 P. VANVELTHOVEN).

143. *Parl.St.* Kamer 2016-17, 18 april 2017, nr. 54-2419/001.

144. *Parl.St.* Kamer 2016-17, 18 april 2017, nr. 54-2419/001, p. 12. Er wordt in de voetnoten van het wetsontwerp overigens ook uitgebreid verwezen naar rechtsleer, waaronder een aantal keren naar onder meer onze eigen bijdrage: G.D. GOYVAERTS en C. COUDRON, “De Kerstman en de kaaimantaks. Wanneer zijn Luxemburgse sicavs in scope, en wanneer zijn ze out of scope?”, *VIP* 2016, afl. 1, 35.



legging die wordt bedoeld in richtlijn 2011/61/EU van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2011 inzake beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen en tot wijziging van de richtlijnen 2003/41/EG en 2009/65/EG en van de verordeningen (EG) nr. 1060/2009 en (EU) nr. 1095/2010, of die door deze richtlijn zou zijn bedoeld indien deze instelling zou zijn gevestigd in een lidstaat van de Europese Unie;

- *een beleggingsinstelling die slechts één deelnemer telt en die in het toepassingsgebied van het eerste of tweede streepje zou zijn begrepen indien deze beleggingsinstelling meer dan één deelnemer had gehad”.*

Men verwijst in de ontwerp tekst zowel naar de in een lidstaat van de EU gevestigde ICBE's die voldoen aan de voorwaarden van richtlijn nr. 2009/65/EG (i.e. ICB's met een zogeheten “Europees paspoort”), naar de AICB's bedoeld in de richtlijn nr. 2011/61/EU, alsook naar ICB's met slechts één deelnemer die onder het toepassingsgebied van de vorige twee bepalingen zouden vallen indien ze meer dan één deelnemer hadden.

De uitdrukkelijke toevoeging van ICB's met slechts één deelnemer is ingegeven door het feit dat een AICB volgens artikel 4, 1., a) van de richtlijn nr. 2011/61/EU een instelling is die “bij een reeks beleggers” kapitaal ophaalt. Men zou dit eventueel zo kunnen interpreteren dat een entiteit met slechts één aandeelhouder nooit als een AICB kan kwalificeren. Voor wat ICBE's betreft zou men mogelijk dezelfde redenering kunnen maken op grond van artikel 1, 2., a) van richtlijn nr. 2009/65/EG, die een ICBE omschrijft als een instelling, waarvan het uitsluitende doel is de “collectieve belegging” in effecten of in andere in artikel 50, 1., bedoelde liquide financiële activa van uit het publiek aangetrokken kapitaal. Het begrip “collectief beleggen” lijkt *prima facie* conceptueel wat moeilijk indien er maar één investeerder (deelnemer) is. Onzes inziens staat de éénhoofdigheid van een entiteit de kwalificatie van (A)ICB nochtans niet noodzakelijk in de weg, bijvoorbeeld wanneer de “unieke investeerder” op zijn beurt kapitaal ophaalt bij een aantal beleggers, of deze op enige manier vertegenwoordigt. Toepassingsgevallen zijn bijvoorbeeld bepaalde *master-feeder* structuren, *funds of funds* en trustachtige figuren¹⁴⁵. In het Belgisch financieel recht wordt de mogelijkheid van bijvoorbeeld een niet-openbare eenhoofdige ICB overigens uitdrukkelijk voorzien door artikel 281, tweede lid, a) van de wet van 19 april 2014 betreffende de alternatieve instellingen voor collectieve belegging en hun beheerders. Allicht hebben de auteurs van het nieuwe ontwerp van EER-KB vooral het zekere voor het onzekere willen nemen, en willen vermijden dat een eenhoofdige (compartiment van een) ICB onder het nieuwe EER-KB aan de toepassing van de kaaimantaks zou ontsnappen op grond van het argument dat er geen sprake kan zijn van een ICBE of een AICB in de zin van de richtlijn nr. 2009/65/EG c.q. nr. 2011/61/EU indien de bewuste entiteit slechts één investeerder telt.

Anders dan artikel 2, § 1, 13°/1, eerste lid WIB 1992 verwijst

de tekst van het nieuwe ontwerp KB naar de Europese richtlijnen inzake beleggingsvennootschappen i.p.v. naar de Belgische financiële wetgeving. Deze in steek is ook wel logisch omdat de bewuste bepalingen op buitenlandse beleggingsvennootschappen moeten worden toegepast. Om ook de in de EER gevestigde private ICB's onder de scope van de kaaimantaks te kunnen brengen beperkt de nieuwe tekst zich niet tot de openbare en institutionele beleggingsvennootschappen, hetgeen in artikel 2, 13°/1, eerste lid, a) en b) WIB 1992 wél het geval is.

Om de lacune te dichten is vooral de verwijzing naar de “alternatieve instellingen voor collectieve belegging” (“AICB's”) die worden bedoeld in richtlijn nr. 2011/61/EU van belang. In artikel 4, 1., a) van de bewuste richtlijn worden deze omschreven als “instellingen voor collectieve belegging, met inbegrip van de beleggingscompartimenten daarvan, die: i) bij een reeks beleggers kapitaal ophalen om dit overeenkomstig een bepaald beleggingsbeleid in het belang van deze beleggers te beleggen; en ii) niet vergunningsplichtig zijn uit hoofde van artikel 5 van richtlijn nr. 2009/65/EG. Deze definitie vindt men in quasi dezelfde woorden terug in artikel 3, 2° van de wet van 19 april 2014 betreffende de alternatieve instellingen voor collectieve belegging en hun beheerders. Met andere woorden: alternatieve instellingen voor collectieve belegging zijn alle instellingen voor collectieve belegging met uitzondering van de instellingen voor collectieve belegging met een “Europees paspoort”. Deze categorie is heel ruim, en omvat de publieke ICB's zonder EU-paspoort, de institutionele ICB's alsook de private ICB's.

Met de tekst onder 1° van het nieuwe ontwerp EER-KB wordt de “lacune” inzake de private ICB's met een “*fonds dédié*”-aandeelhoudersstructuur bij gevolg inderdaad opgelost, en vallen de (compartimenten van) private ICB's inderdaad onder het toepassingsgebied van de kaaimantaks, op voorwaarde dat ze door een “*fonds dédié*”-aandeelhoudersstructuur worden gekenmerkt. De “*fonds dédié*” (compartimenten van) ICB's mét EU-paspoort vallen overigens ook “in scope” van de kaaimantaks – mits ze door een “*fonds dédié*”-aandeelhoudersstructuur worden gekenmerkt – op grond van het eerste streepje.

In deze moet worden opgemerkt dat een in de EER gevestigde ICBE of AICB überhaupt enkel en alleen onder de toepassing van de kaaimantaks valt indien ook voldaan is aan de wettelijke voorwaarde voorzien door artikel 2, § 1, 13°, b) WIB 1992. Het moet immers gaan om een “*vennootschap, vereniging, inrichting, instelling of entiteit met rechtspersoonlijkheid die in de staat waar de constructie gevestigd is, vrijgesteld is van inkomstenbelasting of onderworpen is aan een inkomstenbelasting die minder bedraagt dan 15% van het belastbaar inkomen vastgesteld volgens de regels van de Belgische inkomstenbelasting (zowel rechtspersonen- als vennootschapsbelasting)*”. Met andere woorden: voor een in de EER gevestigde rechtspersoon is het weliswaar een “noodzakelijke voorwaarde” dat deze voorkomt op de lijst van het EER-KB om onder de toepassing van de kaaimantaks

145. S. LANDUYT, “Toepassingsgebied van het wetgevend kader voor de fondsensector in België na de AIFMD”, *TBH* 2015/7, p. 676, tweede kolom onderaan.



te kunnen vallen, doch dit is geen “voldoende voorwaarde”; het moet immers nog altijd een juridische constructie betreffen overeenkomstig de bepalingen in het Wetboek van de Inkomstenbelastingen. Voor wat gereguleerde ICB's betreft zal vaak aan de voorwaarden voorzien door artikel 2, § 1, 13°, b) WIB 1992 voldaan zijn. Deze genieten immers vaak van een vrijstelling van inkomstenbelasting (bv. de Luxemburgse Sicav-SIF) dan wel een speciaal regime dat ertoe strekt de inkomsten uit beleggingen buiten de belastingheffing op het niveau van de ICB te houden.

Een Belgische private privak zal in de praktijk sowieso nooit onder de toepassing van de kaaimantaks kunnen vallen, om de eenvoudige reden dat in de praktijk door het verplichte meervoudige aandeelhouderschap niet voldaan zal zijn aan de voorwaarde van “*fonds dédié*-aandeelhouderschap” zijnde één persoon of verbonden personen (zie art. 4 en 5 van het KB van 23 mei 2017 betreffende de private privak).

Ter zake deze gecompartmenteerde Sicav dédié kan men zich overigens de vraag stellen of deze überhaupt thuishoort binnen een uitgebreide toepassing van de kaaimantaks. Indien het de bedoeling is om de inkomsten van een Sicav dédié fiscaal transparant te belasten, kan dit naar mijn mening veel beter – en vooral veel eenvoudiger – gebeuren via een geëigende toepassing van artikel 19 *jo.* 19bis *jo.* 19ter WIB 1992 veeleer dan de complexiteit van de kaaimantaks te willen van toepassing verklaren. De kaaimantaks behelst immers een hele reeks bepalingen die hun oorsprong vinden in een antimisbruikgedachte die helemaal niet op haar plaats is bij het bepalen van de belastbare grondslag ter zake een klassiek beleggingsproduct. Het is evenwel duidelijk dat de regering niet meer zal afwijken van het ingeslagen pad en dat de betrokken belastingplichtigen en met hen de betreffende fondsen deze bijkomende complexiteit van de kaaimantaks zullen dienen te dragen.

B. Artikel 1, eerste lid, 2° KB: Veralgemeende toepassing van de kaaimantaks op de zogeheten “hybride vennootschappen”

In zijn artikel 1, eerste lid, 2° voorziet het nieuwe EER-KB met een tweede categorie ook in een uitbreiding van de toepassing van de kaaimantaks op de zogeheten “hybride vennootschappen”.

Deze worden in het ontwerp van EER-KB omschreven als “*vennootschap die niet in het toepassingsgebied van artikel 29, § 2, van het voormelde wetboek is begrepen en waarvan de inkomsten door de staat waar deze vennoot-*

schap is gevestigd in hoofde van de vennoten of aandeelhouders worden belast”. Het gaat m.a.w. om entiteiten die juridisch gesproken – naar hun eigen recht – rechtspersoonlijkheid hebben, doch die in hun residentiestaat aan een regime van fiscale transparantie onderworpen zijn, en waarbij de inkomsten van de entiteit in hoofde van de vennoten of aandeelhouders worden belast. Als voorbeeld wordt in het verslag aan de Koning verwezen naar de *société* en *commandite simple* naar Luxemburgs recht. Deze entiteiten vielen op grond van het EER-KB van 18 december 2015 al onder de kaaimantaks, doch slechts “*in de mate dat deze inkomsten van Belgische oorsprong verkrijgt die niet belastbaar zijn in België*”. Deze voorwaarde valt nu weg.

Thans wordt de toepassing van de kaaimantaks op de binnen de EER gevestigde “hybride vennootschappen” veralgemeend. Alle inkomsten die door een dergelijke entiteit worden ontvangen of gerealiseerd zullen onder het nieuwe EER-KB ten belope van hun aandeel belastbaar zijn ten name van Belgische rijksinwoners en belastingplichtigen in de rechtspersonenbelasting die als “oprichter” kwalificeren. Bovendien zullen daardoor alle andere (zeer complexe) regels ter zake uitkeringen (bv. art. 21, eerste lid, 12° WIB 1992), de daarmee verbonden anterioriteitsregel alsmede de bijzondere antimisbruikbepalingen zoals artikel 5/1, § 2 WIB 1992 en artikel 344/1 WIB 1992 van toepassing worden op deze hybride vennootschappen. Het ontgaat ons evenwel wat daar de toegevoegde waarde van kan zijn. Het betreft in deze immers geen klassieke offshore vennootschappen waardoor er onzes inziens helemaal geen behoefte is aan dergelijke complexe antimisbruikmaatregelen. Maar ook hier zien we weer een bewijs dat de kaaimantaks aan verregaande overkill lijdt waardoor voor het overige volstrekt bonafide investeringsstructuren geplaagd dreigen te worden door onnodige complexiteit.

Bovendien dienen we ons af te vragen hoe deze nieuwe bepaling dient te worden toegepast in samenlezing met de toepasbare dubbelbelastingverdragen¹⁴⁶, zoals bijvoorbeeld met Luxemburg (voor de SCS) en Frankrijk (voor de SCI) om slechts een tweetal voor de hand liggende voorbeelden te noemen. Wij vrezen dat hier onbedoeld een doos van Pandora wordt geopend.

Wat de Franse SCI betreft zou men in deze echter kunnen argumenteren dat er van enige fiscale transparantie helemaal geen sprake is volgens Frans fiscaal recht, daar de SCI belast worden volgens het principe van “*la transparence*”, waarbij het belastbare resultaat wordt vastgesteld in hoofde van de SCI zelf, maar waarbij de belastingplicht drukt op de vennoten. Dit is echter niet geheel duidelijk. Ter zake de Franse SCI heersen er immers verschillende standpunten waarbij de ad-

146. Daarbij is het uiteraard niet geheel irrelevant dat het voorbehoud van België inzake CFC-wetgeving is geschrapt in de versie 2017 van de OESO MV Commentaar bij art. 1: “27.4 Belgium cannot share the views expressed in paragraph 23 of the Commentary. Belgium considers that the application of controlled foreign companies legislation is contrary to the provisions of paragraph 7 of Article 5, paragraph 1 of Article 7 and paragraph 5 of Article 10 of the Convention. This is especially the case where a Contracting State taxes one of its residents on income derived by a foreign entity by using a fiction attributing to that resident, in proportion to his participation in the capital of the foreign entity, the income derived by that entity. By doing so, that State increases the tax base of its resident by including in it income which has not been derived by that resident but by a foreign entity which is not taxable in that State in accordance with the Convention. That Contracting State thus disregards the legal personality of the foreign entity and therefore acts contrary to the Convention (see also paragraph 79 of the Commentary on Article 7 and paragraph 68.1 of the Commentary on Article 10)”.



ministratie en de rechtspraak elkaar regelmatig blijven tegen spreken om elkaar in andere gevallen dan weer bij te treden. De minister van Financiën en de fiscus hebben altijd het standpunt verdedigd dat, rekening houdend met het dubbelbelastingverdrag tussen België en Frankrijk, het niet om onroerende inkomsten gaat maar ook niet om dividenden. Er moet derhalve geoordeeld worden dat het om inkomsten gaat die behoren tot de zgn. restcategorie van artikel 18 van het Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag. Dit betekent dat België heffingsbevoegd is en het inkomen volgens zijn intern recht mag interpreteren, wat leidt tot een kwalificatie (met bijhorende belasting) als dividend¹⁴⁷.

In een parlementaire vraag van 23 september 2015 maakt de minister van Financiën een onderscheid tussen de SCI transparante en de SCI translucide¹⁴⁸. De aandeelhouders van de SCI transparante worden in Frankrijk belast op inkomsten uit onroerende goederen (in verhouding tot hun aandeel in de SCI). De SCI translucide beschikt in tegenstelling tot de SCI transparante over een afgescheiden rechtspersoonlijkheid. De inkomsten die een SCI translucide aan haar aandeelhouders uitkeert vormen inkomsten uit het maatschappelijk kapitaal en zijn in België belastbaar als dividenden (op basis van het restart. 18 DBV Frankrijk). In Frankrijk wordt de belastbare winst van de SCI translucide bepaald in hoofde van de SCI. De uitkeringen uit de maatschappelijke delen en de winst van de SCI vormen twee verschillende inkomsten (belast in hoofde van twee van elkaar onderscheiden belas-

tingplichtigen) waardoor er geen sprake is van dubbele belasting¹⁴⁹. In zijn arrest van 29 september 2016 geeft het Hof van Cassatie de fiscus gelijk: de fiscale behandeling in Frankrijk betekent niet dat de maatschappelijke rechten in een translucide SCI als een onroerend goed kunnen beschouwd worden¹⁵⁰. Ook in zijn arrest van 21 september 2017 zegt het Hof van Cassatie dat de inkomsten uit de SCI translucide niet kunnen kwalificeren als onroerende inkomsten¹⁵¹.

Het lijkt mij echter redelijk kort door de bocht om te stellen dat deze nieuwe bepaling op hybride entiteiten niet van toepassing zou zijn op de Franse SCI. Net zoals het reeds uitvoerig blijkt uit het standpunt van de minister en de rechtspraak van het Hof van Cassatie dienaangaande, kan uit de verwijzingen naar de Franse fiscale bepalingen worden afgeleid dat er wel degelijk een vorm van fiscale transparantie wordt toegepast. Het komt me daarbij niet voor dat het onderscheid tussen “transparantie” en “translucide” als voldoende relevant kunnen worden geacht in het kader van een bepaling van artikel 1, eerste lid, 2° van het ontwerp EER-KB. Ik meen dan ook te moeten concluderen dat we er voorlopig voorzichtigheidshalve – tot bewijs van het tegendeel – dienen van uit te gaan dat de kaaimantaks voortaan vanaf 1 januari 2018 wel degelijk van toepassing zal zijn op de Franse SCI die translucide wordt belast. Dan zou dat betekenen dat de onroerende inkomsten in voorkomend geval in Frankrijk belastbaar zijn en in België dienen te worden vrij-

147. F. MEES, *Genius Repertorium*, www.monkey.be.

148. *Vr.en Antw.* Kamer 2015-16, 29 september 2016, nr. 54/089, p. 281-284 (Vr. nr. 547 R. DESEYN).

149. J. WELLENS, Vaksgewijze bespreking van de aangifte > Vak VII – Inkomsten van kapitalen en roerende goederen > Inkomsten van kapitalen vóór aftrek van innings- en bewaringskosten > In 2017 geïnde of verkregen inkomsten, Versie: 2018, Kluwer, www.monkey.be.

150. Cass. (1ste k.) 29 september 2016, F.14.0006.F, *Etat belge / F.M.C., Fisc.Koer.* 2016 (weergave), afl. 18, 865 en www.monkey.be (8 december 2016), noot X, *FJF*, No. 2017/1, 12 en www.monkey.be (14 maart 2017), noot, www.cass.be (19 oktober 2016), Concl. Adv. Gen. A. HENKES, *RPP* 2016, afl. 3, 291, noot A. LACOURT, *TFR* 2017, nr. 520, 356 en www.tfrnet.larcier.be (28 april 2017), noot D. BECKERS, Personenbelasting – Uitkeringen door een Franse SCI – Dubbelbelastingverdrag – Heffingsbevoegdheid – Stelsel van transluciditeit. Art. 3, 1. Belgisch-Frans dubbelbelastingverdrag van 10 maart 1964 schrijft voor dat inkomsten van onroerende goederen belastbaar zijn in de verdragsluitende staat waar deze goederen zijn gelegen. Art. 19, A, 2. van dit verdrag bepaalt dat inkomsten van goederen die in Frankrijk zijn gelegen, in België van belasting worden vrijgesteld. Art. 3, 2. van dit verdrag bepaalt dat het begrip “onroerend goed” wordt bepaald volgens de wetten van de verdragsluitende staat waar het betreffende goed is gelegen. Punt 2 van het slotprotocol bij het Belgisch-Frans dubbelbelastingverdrag bepaalt dat art. 15, 1. van het verdrag niet belet “dat Frankrijk, overeenkomstig de bepalingen van zijn interne wet, als onroerende inkomsten in de zin van artikel 3 van de overeenkomst beschouwt de maatschappelijke rechten in het bezit van vennoten of aandeelhouders van de vennootschappen waarvan het doel in feite alleen bestaat ofwel in het bouwen of verwerven van onroerende goederen of groepen van onroerende goederen met het doel deze goederen te verdelen om het eigendom of het genot van die gedeelten aan de leden toe te kennen, ofwel in het beheren van de aldus verdeelde onroerende goederen of groepen van onroerende goederen”. Art. 8 van de Franse Code Général des Impôts voorziet voor SCI’s (sociétés civiles immobilières) die niet hebben geopteerd voor het regime van de vennootschapsbelasting, de toepassing van het stelsel van de “transluciditeit” wat impliceert dat de vennoten van deze vennootschappen in Frankrijk aan de inkomstenbelasting zijn onderworpen voor hun gedeelte van hun inkomsten. Gezien de aard van hun activiteit zijn de inkomsten van SCI’s voor de vennoten onroerende inkomsten. Deze benadering impliceert volgens het Hof van Cassatie evenwel niet dat de maatschappelijke rechten in dergelijke SCI’s beantwoorden aan het begrip “onroerend goed” voor de toepassing van het Belgisch-Frans dubbelbelastingverdrag.

151. Cass. (1ste k.) 21 september 2017, F.15.0075.N, *Belgische Staat / D.L., A.V., FJF* 2017 (samenvatting), afl. 10, 328 en www.monkey.be (23 januari 2018), noot, www.cass.be (11 oktober 2017), *Not.Fisc.M.* 2018, afl. 2, 50. Krachtens art. 3, 1. van de overeenkomst van 10 maart 1964 tussen België en Frankrijk tot voorkoming van dubbele belasting en tot regeling van wederzijdse administratieve en juridische bijstand inzake inkomstenbelastingen zijn inkomsten uit onroerende goederen slechts belastbaar in de verdragsluitende staat waar die goederen zijn gelegen. Overeenkomstig art. 19, A., 2. van voornoemde overeenkomst worden dergelijke inkomsten van de Belgische belastingen vrijgesteld wanneer de belastingheffing ervan uitsluitend aan Frankrijk wordt toegekend. Burgerlijke vastgoedvennootschappen naar Frans recht die niet hebben gekozen voor het fiscale stelsel van de kapitaalvennootschappen, vallen onder het fiscale stelsel van de zogenaamde “transluciditeit” van de personenvennootschappen. Hun leden zijn onderworpen aan de inkomstenbelasting voor het in reserve gehouden of uitgekeerde gedeelte van de vennootschapswinst dat overeenstemt met hun rechten in die vennootschappen. Krachtens art. 238bis, K van de Code Général des Impôts wordt voornoemd gedeelte in de vennootschapswinst, voor elke natuurlijke persoon die ten private titel optreedt en lid ervan zou zijn, geacht een onroerend inkomen te zijn gelet op de aard van de activiteit van die vennootschappen. Hieruit volgt niet dat maatschappelijke rechten in die burgerlijke vastgoedvennootschappen, die een onderscheiden rechtspersoonlijkheid en fiscale persoonlijkheid hebben van hun leden, beantwoorden aan het begrip onroerend goed voor de toepassing van art. 3, 1. van het Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag. De appelrechter oordeelt dat de door de SCI uitgekeerde winst naar Frans recht een onroerend inkomen is; dit soort inkomsten op grond van art. 3, 1. van het Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag slechts is belastbaar in de bronstaat; en dat België geen heffingsbevoegdheid heeft. Op basis van art. 19, A., 2. van het Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag beslist de appelrechter dat België de door een Franse SCI uitgekeerde inkomsten aldus van belasting moet vrijstellen. Door aldus te oordelen, schendt de appelrechter de art. 3 en 19, A., 2. van het Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag.



gesteld, met progressievoorbehoud. De uitkeringen nadien zullen dienen te worden belast volgens de regels van artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 *jo.* artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992 met naar mijn mening een vrijstelling tot gevolg voor zover er in Frankrijk reeds belasting werd betaald (zie daartoe *supra* delen II., E. en II., F.). In die zin geïnterpreteerd zou de uitbreiding van de kaaimantaks naar de Franse SCI, onder alle voorbehoud gesteld, een verbetering teweegbrengen voor de belastingplichtige, waarbij de hoger geciteerde recente rechtspraak van het Hof van Cassatie, dient te worden bijgesteld.

C. Artikel 1, eerste lid, 3° KB: veralgemeende toepassing van de kaaimantaks op de niet belaste of zeer laag belaste entiteiten

In het EER-KB van 18 december 2015 worden een aantal buitenlandse entiteiten uitdrukkelijk met naam genoemd, met name de Liechtensteinse Stiftung, de Liechtensteinse Anstalt, de Luxemburgse SPF, en de (voor zover ons bekend nooit in voege getreden) Luxemburgse Fondation patrimoniale. Thans wenst men – naar verluidt omwille van diplomatieke doeleinden – het toepassingsgebied van het nieuwe ontwerp van EER-KB niet meer af te bakenen door middel van een limitatieve opsomming van landen en rechtsvormen, maar door gebruik te maken van (per definitie niet limitatieve) “abstracte juridische definities”, wat nooit een gemakkelijke oefening is (“*omnis definitio in iure fiscale periculosa est*”). In de plaats van een uitdrukkelijke verwijzing naar de Luxemburgse SPF en consoorten wordt nu beoogd om de volgende categorie van entiteiten onder het toepassingsgebied van de kaaimantaks te brengen:

“Enigerlei vennootschap, vereniging, inrichting, instelling of entiteit, die rechtspersoonlijkheid bezit, en die, krachtens de bepalingen van de wetgeving van de Staat of het rechtsgebied waar hij gevestigd is, aldaar ofwel niet aan een inkomstenbelasting is onderworpen ofwel onderworpen is aan een inkomstenbelasting die minder dan 1 pct. bedraagt van het belastbaar inkomen van deze juridische constructie dat wordt vastgesteld overeenkomstig de regels die van toepassing zijn voor het vestigen van de Belgische belasting op daarmee overeenstemmende inkomsten.”

Met andere woorden: binnen de EER gevestigde rechtspersonen die vrijgesteld zijn van de inkomstenbelasting dan wel – naar Belgische normen – minder dan 1% inkomstenbelasting betalen van de vergelijkbare Belgische grondslag, zouden luidens het nieuwe ontwerp van EER-KB voortaan onder de kaaimantaks vallen. Volgens de opstellers van het ontwerp KB is hiermee evenwel géén uitbreiding van het toepassingsgebied beoogt, doch louter een verduidelijking. De vraag is dan meteen waar de bestaande tekst onduidelijk was? En hoe gaat men omgaan met de berekening van de “1% belasting-

drempel”? Betekent dat nu dat we een “dubbele drempel” hebben in de kaaimantaks, zijnde een 15%-drempel buiten de EER en een 1%-drempel binnen de EER?

Het grote voordeel van het EER-KB van 18 december 2015 (op dit vlak tenminste) was nu net dat het duidelijk afgelijnd was. Door het limitatieve karakter ervan weg te nemen komt bijvoorbeeld de Nederlandse stichting administratiekantoor (STAK) weerom in het vizier van de kaaimantaks, maar ook enig Belgisch vehikel dat voor administratiedoeleinden zou worden gebruikt. Ook sommige vennootschappen gevestigd op Malta en Cyprus komen mogelijks in het visier, ofschoon dat allemaal erg onduidelijk blijft. En wat met de Liechtensteinse AG die voorheen géén juridische constructie was, wordt deze nu voortaan wél als dusdanig aangemerkt? Hierover ondervraagd in het parlement gaf de minister een eerder verrassend antwoord waarin hij aangeeft dat het KB wél verruimt¹⁵²:

“Binnen de EER was het toepassingsgebied van de doorkijkbelasting van bij de aanvang beperkter omschreven teneinde een schending van de Europese fundamentele vrijheden te vermijden. Naast een algemeen omschreven categorie van hybride entiteiten en van bepaalde door verbonden personen aangehouden instellingen, worden nu in het huidige koninklijk besluit dat het toepassingsgebied van de doorkijkbelasting binnen de EER regelt vier rechtsvormen expliciet opgesomd waarvan wordt aangenomen dat zij niet aan de inkomstenbelasting onderworpen zijn. Het nieuw ontwerp vervangt deze vier rechtsvormen door een algemene omschrijving. Daardoor wordt het ontwerp ruimer van toepassing. Voortaan zullen niet enkel de vier expliciet genoemde rechtsvormen aan het aanslagstelsel onderworpen worden maar zullen ook alle andere rechtspersonen die niet effectief of nauwelijks aan de inkomstenbelasting worden onderworpen, in het toepassingsgebied worden opgenomen. De overige categorieën van het koninklijk besluit worden bovendien aangepast wat betreft de constructies die niet onder voornoemde omschrijving vallen.”

Als we de eenvoud van het eerste KB van 18 december 2015 op dit vlak vergelijken met de nieuwe ontwerp tekst dan kunnen we alleen maar vaststellen dat de slinger zeer ver is doorgeslagen. Het KB van 18 december 2015 bevatte op simpele wijze 4 geïsoleerde rechtsvormen – dit was simpel voor zowel controlerende ambtenaren als voor de belastingplichtigen. Nu rijzen er tal van interpretatieproblemen over welk vehikel er al dan niet zal onder vallen. De rechtszekerheid is daarmee totaal zoek – met alle gevolgen van dien voor zowel belastingplichtigen als controlerende ambtenaren. Wij kunnen ons ook niet van de indruk ontdoen dat de minister ook geregeld hierover zal worden ondervraagd, in de zin van: “wat met rechtsvorm X/Y/Z van land A/B/C”. Het komt ons voor dat eventuele diplomatieke problemen bij dergelijke antwoorden ook kunnen opduiken, diplomatieke problemen die men bijvoorbeeld t.a.v. Luxemburg nu net wilde vermijden. Ook juridisch beschouwd valt het af te wachten hoe de Raad van State hierop zal reageren. Wegens de “ruimere toepas-

152. *Hand. Kamer 2017-18*, 10 juli 2018, 2 (Mond. Vr. nr. 26256 P. VANVELTHOVEN).



sing” die de minister ook erkent, is dit onzes inziens gewoon een wettekst die wordt neergeschreven in een uitvoeringsbesluit. Artikel 2, § 1, 13°, b), tweede lid WIB 1992 delegeert de bevoegdheid aan de Koning omtrent het vastleggen van de rechtsvormen die vermoed worden te voldoen aan de omschrijving in het eerste lid, maar geenszins laat dit de Koning toe het toepassingsgebied van de kaaimantaks dermate uit te breiden door in een “andere” definitie te voorzien.

D. Interpretatievraag: hoe verhouden het 1° enerzijds en 2° en 3° van artikel 1 EER-KB zich onderling?

Een belangrijk interpretatieprobleem betreft de vraag of een in de EER gevestigde instelling voor collectieve belegging, waarvan het aandeelhouderschap per hypothese niét voldoet voor de “*fonds dédié*”-uitzondering alsnog onder de kaaimantaks kan vallen op grond van hetzij artikel 1, eerste lid, 2° EER-KB (indien het om een in de residentie-staat transparant belaste “hybride” entiteit gaat), dan wel op grond van artikel 1, eerste lid, 3° EER-KB (indien het om een niet belaste of laag belaste entiteit gaat, bv. een Luxemburgse Sicav-SIF). Dit is vooral van belang voor in de EER gevestigde “private ICB’s” die – zoals hoger aangegeven – niét worden uitgesloten uit het toepassingsgebied van de kaaimantaks op grond van artikel 2, § 1, 13°/1, eerste lid WIB 1992 wanneer zij niet door een “*fonds dédié*”-aandeelhouderschap worden gekenmerkt.

Onzes inziens dient ervan uit te worden gegaan dat voor ICB’s die voldoen aan de voorwaarden van richtlijn nr. 2009/65/EG, en voor AICB’s bedoeld in de richtlijn nr. 2011/61/EU van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2011 enkel het 1° van het nieuwe ontwerp van EER-KB relevant kan zijn, en wel op grond van het *adagium lex specialis generalibus derogat*. Voor de ICB’s geldt immers een specifieke regel, die “*ratione personae*” uitsluitend van toepassing is op ICB’s, en niet op andere rechtspersonen. Gelet op dit beperkte toepassingsgebied betreft het klaar en duidelijk een “*lex specialis*” ten opzichte van de regels vervat in 2° en 3° die *a priori* voor alle soorten rechtspersonen kunnen gelden. Bijgevolg kunnen in de EER gevestigde ICB’s enkel en alleen onder de toepassing van de kaaimantaks vallen indien ze worden gekenmerkt door een “*fonds dédié*”-aandeelhoudersstructuur. Deze conclusie ligt overigens ook in de lijn van de doelstelling van het nieuwe ontwerp van EER-KB, zoals dit blijkt uit het verslag aan de Koning: “*Vervolgens wordt in dit ontwerp voorgesteld om eveneens de private alternatieve instellingen voor collectieve beleggingen binnen het toepassingsgebied van dit besluit te brengen, in het geval deze instellingen of compartimenten ervan door één persoon, of meerdere met elkaar verbonden personen, worden aangehouden.*”

Indien de belastingadministratie er echter zou van uitgaan dat er van enige bijzondere wettelijke regeling oftewel “*lex specialis*” in het kader van artikel 1, eerste lid, 1° EER-KB geen sprake is en dat tevens artikel 1, eerste lid, 3° EER-KB zou kunnen worden toegepast op ICB’s, dan dreigt grote rechtsonzekerheid. Het ware dan ook aangewezen dat de minister hierover spoedig zou worden ondervraagd en duidelijkheid zou verschaffen bij antwoord op een parlementaire vraag. Bovendien is het op heden nog de vraag wat de Raad van State hierover zal menen te moeten opmerken.

E. Over het nieuwe EER-KB en wat er “niet” in staat

De oplettende lezer van het ontwerpverslag aan de Koning bij het nieuwe EER-KB zal opgemerkt hebben dat er naar het einde van de tekst toe een ietwat merkwaardige paragraaf is opgenomen:

“*Het enkele feit dat een rechtsvorm niet meer bij naam wordt vermeld in dit besluit heeft niet tot gevolg dat de entiteiten die deze voorheen uitdrukkelijk in het koninklijk besluit vermelde rechtsvorm aannemen niet meer kwalificeren als een juridische constructie. Integendeel, het is zelfs mogelijk dat een entiteit die niet een voorheen uitdrukkelijk in het koninklijk besluit vermelde rechtsvorm heeft aangenomen, alsnog kan gekwalificeerd worden als een juridische constructie indien deze beantwoordt aan één van de definities die zijn opgenomen in dit besluit of in artikel 2, § 1, 13°, a) WIB 1992.*”

Deze passage is om twee redenen zeer interessant. Vooreerst wordt duidelijk gezegd dat het EER-KB niet langer limitatief is waardoor de onder het KB van 18 december 2015 geldende rechtszekerheid volledig wordt ondergraven. Dat sluit overigens aan bij het door de minister gegeven antwoord op de hoger geciteerde parlementaire vraag. Dit heeft zijn belang voor alle entiteiten die behept zijn met rechtspersoonlijkheid en die binnen de EER zijn gevestigd.

Belangrijker is echter de tweede reden waarom deze passage interessant is. In de laatste zin wordt immers verwezen naar de definitie van een juridische constructie type 1. Door te stellen dat een entiteit die niet een voorheen uitdrukkelijk in het KB vermelde rechtsvorm heeft aangenomen, alsnog kan gekwalificeerd worden als een juridische constructie indien deze beantwoordt aan de definitie van artikel 2, § 1, 13°, a) WIB 1992 wordt naadloos bevestigd dat ook entiteiten mét rechtspersoonlijkheid kunnen kwalificeren als een juridische constructie type 1. Dit is uiteraard eerder onrustwekkend, en het volstaat om een voorbeeld te citeren om dit nader te duiden. Naar verluidt zou zijn besproken geweest in het kader van eerdere versies van het ontwerp EER-KB dat de Liechtensteinse Stiftung als entiteit mét rechtspersoonlijkheid zeer vergelijkbaar was met een trust. Dat zou naar verluidt blij-



ken uit welbepaalde passages uit eerdere versies¹⁵³ van het verslag aan de Koning bij het EER-KB die dan uit de tekst werden verwijderd om finaal te worden vervangen door een iets neutralere versie van de tekst die hoger reeds werd geciteerd.

Dergelijke passages zijn illustratief voor de richting waarin de kaaimantaks evolueert en die wel degelijk gericht lijkt te zijn op een uitbreiding van de toepassings sfeer van de kaaimantaks via het hanteren van zeer brede begripsomschrijvingen in een koninklijk besluit. Het spreekt voor zich dat het bewust creëren van verwarring tussen juridische constructies van type 1 en type 2 de wettelijke waarborg van het onderworpenheids criterium van de 15%-belasting zoals deze wettelijk wordt bepaald in artikel 2, § 1, 13°, b) WIB 1992 *jo.* artikel 5/1, § 3, a) WIB 1992 volledig onderuit zou halen. De raadsman die zijn cliënt bijstaat bij het gebruik van de Liechtensteinse Stiftung *c.q.* Anstalt is bij deze gewaarschuwd.

F. Het niet-EER-KB

De regering maakt van de gelegenheid gebruik om ook een toevoeging te doen in het niet-EER-KB d.d. 23 augustus 2015 tot uitvoering van artikel 2, § 1, 13°, b), derde lid WIB 1992. De nieuwe bepalingen inzake de “*fonds dédié*”-ICB alsook inzake de hybride vennootschappen worden *mutatis mutandis* overgenomen in het niet-EER-KB bij wijze van een juridisch vermoeden dat dergelijke entiteiten juridische constructies zijn.

De impact van de toevoeging in het “niet-EER-KB” is echter niet van dezelfde orde als deze in het nieuwe EER-KB. Voor rechtspersonen in de EER gevestigd geldt immers dat deze enkel en alleen onder de kaaimantaks kunnen vallen indien ze onder één van de categorieën in het EER-KB vallen (dit is een gevolg van de zogeheten “EER-exceptie” *cf.* artikel 2, § 2, 13°, tweede lid WIB 1992). Voor buiten de EER gevestigde rechtspersonen daarentegen zijn strict genomen enkel de wettelijke definitie van “juridische constructie” van artikel 2, § 1, 13°, b) WIB 1992 alsook de bij wet bepaalde uitzonderingen en uitsluitingen van belang. Of een buiten de EER gevestigde rechtspersoon al dan niet op de lijst van het niet-EER-KB voorkomt heeft hoogstens implicaties op het vlak van de “bewijslast”. Het wél voorkomen op de lijst creëert immers enkel en alleen een weerlegbaar “vermoeden” dat het om een juridische constructie gaat, en de niet-EER-lijst is niet beperkend, niet limitatief (wat het nieuwe EER-KB dus nu ook niet meer is trouwens). Het al dan niet voorkomen van een buiten de EER gevestigde rechtspersoon op de niet-EER-lijst is noch een noodzakelijke, noch een vol-

doende voorwaarde om als een juridische constructie te kwalificeren.

De auteurs van het ontwerp van aanvulling aan het niet-EER-KB hebben hier overigens rekening mee gehouden. Men voorziet enkel en alleen dat i) de openbare, institutionele of private alternatieve instelling voor collectieve beleggingen geïsoleerd die door één persoon, of meerdere met elkaar verbonden personen, worden aangehouden, in voorkomend geval per afzonderlijk compartiment beschouwd, alsook ii) de zogenaamde hybride vennootschappen worden vermoed een juridische constructie te zijn. Dit vermoeden heeft tot gevolg dat de bewijslast wordt omgekeerd, waardoor het in voorkomend geval het aan de belastingplichtige is om aan te tonen dat de in dit ontwerp geïsoleerde rechtspersonen geen juridische constructie zijn.

G. Inwerkingtreding van de nieuwe KB's

Zowel voor het nieuwe ontwerp van EER-KB, als voor de aanvulling in het niet-EER-KB is inwerkingtreding retroactief voorzien op inkomsten die vanaf 1 januari 2018 werden verkregen, toegekend of betaalbaar gesteld door een juridische constructie. Er wordt aan toegevoegd dat wat de toepassing van de roerende of bedrijfsvoorheffing betreft, de wijziging geldt op de inkomsten die zijn toegekend of betaalbaar gesteld vanaf de eerste dag van de maand na die waarin dit besluit in het *Belgisch Staatsblad* wordt bekend gemaakt. Allicht staat dit erin bij wijze van een soort standaardformulering, aangezien doorgegaan wordt aangenomen dat de kaaimantaks niet doorwerkt op het niveau van de voorheffingen (ofschoon dit laatste niet geheel duidelijk is en daarover verschillende standpunten zouden kunnen worden ingenomen)¹⁵⁴.

IV. Conclusies bij een krampachtige wetgeving ... *in dubio pro fisco*

Door de aanpassingen aangebracht door de wet van 25 december 2017 is de kaaimantaks 2.0 nog een pak complexer geworden. Die complexiteit doet uiteraard afbreuk aan de rechtszekerheid, in zoverre er tenminste in het kader van de kaaimantaks 1.0 al sprake kon zijn van enige rechtszekerheid. De diverse voorafgaande beslissingen die werden afgeleverd einde 2016 zijn hiervan een duidelijke illustratie. De Rulingcommissie heeft zich ter zake zeer creatief moeten opstellen en de grenzen van het legaliteitsbeginsel opgezocht door de hantering van de teleologische interpretatie. Daarbij werd manifest afgeweken van de letterlijke tekst van de wet. Met de kaaimantaks 2.0 worden de marges van interpretatie

153. Deze verwijzingen zouden naar verluidt voorkomen in een vroegere ontwerpversie van het ontwerp EER-KB. Deze oudere versies, die niet publiek toegankelijk zijn en die geen deel uitmaken van het formeel regelgevend proces, kunnen echter zeer interessant zijn vanuit interpretatieve doeleinden. In eerdere publicaties hebben wij er reeds op gewezen dat het voor de rechtsonderhorige vandaag de dag zeer moeilijk is geworden om de bedoeling van de wetgever (bij een wet of decreet) dan wel de Koning (bij een KB) te kennen, daar wetten en koninklijke besluiten worden geschreven op kabinetten en de discussies ten gronde in inter-kabinettenwerkgroepen worden gevoerd (de zogenaamde IKW's). De discussies die daar worden gevoerd zijn niet publiek en ontsnappen aan elk parlementair toezicht. Er worden daarvan geen publieke verslagen gemaakt noch gepubliceerd. Het komt echter voor dat sommige van die teksten binnen beperkte kringen beginnen te circuleren waardoor ze voor sommigen gedeeltelijk toegankelijk worden. Alsdan kunnen ze dus, zoals in onderhavig geval, voor interpretatieve doeleinden worden geraadpleegd.

154. Over kaaimantaks en voorheffingen, zie G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks, een kritische beschouwing”, *TFR* 2015, nr. 490-491, p. 919-923.



die de letterlijke tekst van de wet schijnt toe te laten echter nog verder opgerekt. We kunnen ons immers niet van de indruk ontdoen dat diverse nieuwe bepalingen zeer ruim zouden kunnen worden geïnterpreteerd. Ik denk dan vooral aan het nieuw “contractueel type 3” waarvan de impact hoogst onduidelijk is. Ook de bepalingen ter zake de fictieve liquidaties door inbreng of overdracht van het nieuwe artikel 5/1, § 2 WIB 1992 kunnen mijns inziens zeer breed worden geïnterpreteerd, al dan niet in samenlezing met artikel 344, § 1 WIB 1992 dat nu door het nieuwe artikel 344/1 WIB 1992 nadrukkelijk van toepassing wordt verklaard op rechtshandelingen gesteld door juridische constructies.

Aan de hand van de aanwending van de teksten van de kaaimantaks 1.0 in de diverse ruingaanvragen en voorafgaande beslissingen anno 2015 en 2016 is gebleken dat de historiek van de totstandkoming van een juridische constructie en haar vermogen zeer relevant is om te komen tot een juiste inschatting van de taxatie. Veel van die feitelijke overwegingen liggen echter in een ver verleden waartoe de normale controletermijnen van de fiscus niet meer toereikend zijn. Men dient immers de familiale historiek van oude structuren op een zeer volledige wijze te kunnen weder samenstellen om na te gaan wie als oprichter-erfgenaar van een juridische constructie kwalificeert en hoe het vermogen werd samengesteld en is geëvolueerd. Aan de hand van de huidige samenstelling van een juridische constructie en haar verschillende dochterconstructies kan men immers niet zonder meer nagaan wat de historiek is. De nieuwe bepalingen van de kaaimantaks 2.0 maken dit alles nog complexer door bijzondere heffingsregels in te schrijven met betrekking tot de uitkering van oude reserves. Niet alleen is men dus verplicht om de historiek van de totstandkoming van een structuur volledig weder samen te stellen, men dient ook nog de volledige boekhoudkundige historiek van al die verschillende structuren cijfermatig weer te geven. Daarbij rust de bewijslast zoals hoger reeds toegelicht volledig op de rug van de belastingplichtige. De belastingadministratie mag er volgens de tekst van het nieuwe artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 immers van uitgaan dat elke uitkering een dividend is tenzij en in de mate dat de belastingplichtige – oprichter dan wel “derde verkrijger” – heeft aangetoond dat die toekenning het vermogen van de juridische constructie doet dalen beneden het door de oprichter ingebrachte vermogen. Bovendien specificeert het gewijzigde artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992 dat dient te worden aangetoond dat uitgekeerde inkomsten zijn samengesteld uit door de juridische constructie verkregen inkomsten die reeds hun belastingregime – in België – hebben ondergaan. Die bewijslast drukt uiteraard op de belastingplichtige. Met andere woorden creëert de wetgever hier voor zichzelf een comfortzone waar de fiscus elke uitkering tot bewijs van het tegendeel kan belasten aan 30%. Dit lijkt mij binnen het kader van doelvermogens meer dan een brug te ver. *De facto* komt de kaaimantaks 2.0 neer op het *adagium* “*in dubio pro fisco*” of “*alles is belastbaar tenzij dat waarvan u bewijst dat het niet belastbaar is*”. Dit is uiteraard volstrekt

in strijd met het grondwettelijk legaliteitsbeginsel en ik kan mij niet van de indruk ontdoen dat de wetgever zich hier een bevoegdheid heeft aangemeten die ze niet heeft.

Vele belastingplichtigen zullen zich daarom de vraag stellen of liquidatie van een juridische constructie een oplossing kan zijn. Ik ben geneigd te denken van niet. In geval van liquidatie binnen het kader van de regelgeving van de kaaimantaks 2.0 kan er weinig twijfel over bestaan – tenminste volgens de interpretatie die blijkt uit de *memorie van toelichting* – dat alle (oude) reserves meteen aan een heffing van 30% worden onderworpen. Die vaststelling alleen al kan menig trustee dan wel raad van bestuur ervan weerhouden op een verzoek tot liquidatie in te gaan. Waarom zou een buitenlandse trustee dan wel raad van bestuur ingaan op een verzoek dat er *linea recta* toe leidt dat 30% van een belangrijk deel van het doelvermogen, dat ook nog voor andere toekomstige begunstigen bestemd kan zijn, zou worden afgestaan aan de Belgische fiscus? Zeker binnen het kader van de vermogensstructurering bij internationaal georiënteerde families lijkt mij dit een volstrekt te vermijden piste.

Uiteraard dienen er bepalingen te zijn ter bestrijding van fiscale fraude, en deze bepalingen dienen dan met de nodige gestrengheid te worden toegepast. Maar waarom er principieel van uitgaan in de onderliggende gedachte bij het uitwerken van een fiscale behandeling rond trusts en stichtingen dat hieraan quasi steeds fiscale fraude ten grondslag moet liggen, zoals dat manifest het geval is bij de kaaimantaks? Dat is uiteraard een volstrekt verkeerd uitgangspunt dat nooit kan leiden tot een deugdelijke wetgeving. Dat men bovendien bij de uitwerking van de kaaimantaks 2.0 als principe heeft genomen “*het waarborgen van de opbrengsten voor de schatkist*”, met als gevolg het belastbaar stellen van uitkeringen uit trusts en het invoeren van de anterioriteitsregel waarbij uitkeringen *in fiscalibus* bij voorrang worden aangerekend op zogenaamde oudere reserves, is een aanfluiting van het boekhoudkundige realiteitsbeginsel. Men schuift immers de onderliggende boekhoudkundige realiteit van de trust en de daarin gehouden financiële rekeningen, die gebed liggen in een stelsel naar buitenlands recht, volledig en achtereenvolgens terzijde. Dit doet men louter en alleen ten bate van de Belgische federale schatkist. Men kan zich daarbij ernstig de vraag stellen of een dergelijke fiscale behandeling met nadrukkelijke miskenning van het buitenlands recht niet, enerzijds in strijd is met het Wetboek Internationaal Privaatrecht en, anderzijds in strijd is met het legaliteitsbeginsel.

De noodzakelijke symbiose van de kaaimantaks inzake trust en stichting met de noden van successie- en vermogensplanning die zou moeten leiden tot een correcte en doordachte belasting van inkomsten en kapitalen, lijken in het Belgisch fiscaal recht te zijn opgeofferd geweest in een sfeer van algemeen wantrouwen ten aanzien van trusts en buitenlandse stichtingen. Dit kon anno 2015 reeds worden afgeleid uit de *memorie van toelichting* bij de totstandkoming van de Kaaimantaks alwaar gezegd werd dat discretionaire trusts meestal alleen maar op papier discretionair zijn¹⁵⁵ en “*dat niemand*

155. *Parl.St.* Kamer 2014-15, 1 juni 2015, Doc. 54-1125/001, p. 26 *et seq.*



immers zijn vermogen toevertrouwt aan een onbekende beheerder in een belastingparadijs”. Dit zijn uiteraard uitspraken die blijk geven van een totale onervarenheid met het fenomeen trusts en stichtingen en die we eerder zouden verwachten te lezen in een populair weekblad dat zich met enige pretentie de status van kwaliteitsjournalistiek aanmeet, dan in de *memorie van toelichting* bij een fiscale wet van een land dat zich door zijn centrale ligging mag verheugen op wereldwijde handelsbelangen en financiële stromen, ook met landen die zich in de rechtssfeer van de Common Law bevinden. Men kan zich dan ook de vraag stellen of België als klein land in zijn ijver om de instandhouding van doelvermogens te ont-

moedigen zijn hand niet heeft overspeeld. Een kruik gaat maar zolang te water tot ze barst. Mogelijk is dit de wetswijziging te veel die beheerders van doelvermogens ertoe zal aanzetten België als te mijden jurisdictie te brandmerken. Indien dat gebeurt, en er zijn reeds indicaties dat dergelijke beslissingen werden genomen, dan wel minstens reeds worden voorbereid, zal dit uiteraard niet ten goede komen aan de Belgische schatkist. De tijd zal uitwijzen of, en zo ja in welke mate, dit een negatief effect zal hebben op de bereidheid van ettelijke vermogende belastingplichtigen om zich bij voortduur naar deze oeverloos complexe wetgeving te schikken.

